

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



A CÓPIA PRIVADA

O uso privado e o *download* de obra protegida

IRACEMA FAZIO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

CIÊNCIAS JURÍDICAS

2014

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



A CÓPIA PRIVADA

O uso privado e o *download* de obra protegida

IRACEMA FAZIO

Tese orientada pelo Professor Doutor José Alberto Vieira especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídicas.

2014

*Ao meu marido pelos momentos de lucidez.
À minha família pela confiança e carinho demonstrado.
À minha filha pelo amor incondicional nos momentos de ausência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Nossa Senhora pela proteção e conforto nos momentos de dor. A minha família, pelo incentivo e colaboração, principalmente nos momentos de necessidade. Ao meu orientador pelas brilhantes lições, paciência e disposição. Aos meus amigos e colegas de trabalho pelas palavras amigas nas horas difíceis. Aos meus queridos alunos por sonharem comigo nesta caminhada.

*«Alguns homens vêem as coisas como são, e dizem “Por
quê?” Eu sonho com as coisas que nunca foram e digo
“Por que não?”» (Geroge Bernard Shaw)*

RESUMO

A presente investigação tem como objetivo principal o estudo sobre a licitude da cópia de obras intelectuais destinadas ao uso privado na ausência de autorização para tal dos titulares de direitos de autor, desde que a reprodução não implique em exploração econômica da obra e que a cópia se destine ao uso privado. De sorte que se propõe a apontar os contornos da juridicidade das cópias integrais para uso privado das obras protegidas pelo direito de autor, delimitando a sua legalidade a partir da existência ou não de dano ao titular, especialmente apontando as consequências desta conclusão para a interpretação dos limites da proteção jurídica destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, propõe-se a estudar o equilíbrio dos interesses tutelados em sede do uso privado, o poder de reprodução em face do limite da cópia para uso privado das obras tuteladas pelo direito de autor, a delimitação da noção de cópia privada, dos seus fundamentos e natureza, os atos de cópia para uso privado praticados através de mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital e a responsabilidade pela sua execução. Para tanto utiliza como metodologia de trabalho a análise doutrinária e jurisprudencial sobre o regime jurídico da cópia privada, propondo-se, ainda, uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios na aplicação dos mesmos face aos novos meios de expressão, comunicação e divulgação dos bens intelectuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Autor – Limites – Reprodução – Cópia Privada — Sociedade da Informação – Mecanismos Tecnológicos de Compartilhamento de Arquivos – Responsabilidade Civil – Redes P2P.

ABSTRACT

This research aims to study on the legality of copying intellectual works intended for private use in the absence of such permission of the copyright holders, provided the reproduction does not involve economic exploitation of the work and that the copy is intended for private use. So he sets out to point the contours of the legality of the whole private copying protected by copyright works , delimiting its legality from the existence or absence of harm to the holder, especially pointing out the consequences of this conclusion for the interpretation of limits of legal protection of these rights in the brazilian legal system. Thus, it is proposed to study the balance of interests protected in the private office use, the power of reproduction in the face of the boundary of the private copying of works overseen by copyright, the delimitation of the notion of private copying of their grounds and nature, acts of private copying practiced through mechanisms for sharing files in the digital environment and the responsibility for its implementation. For such uses as a working method doctrinal and jurisprudential analysis of the legal framework for private copying, also proposing a reflection on the innovations, achievements and challenges in their application against the new means of expression, communication and dissemination of intellectual assets.

KEYWORDS: Copyright - Limits - Reproduction - Private Copying - Information Society - Mechanisms Technology File Sharing - Liability - P2P Networks.

RÉSUMÉ

Cette recherche vise à étudier sur la légalité de la copie des œuvres intellectuelles destinés à usage privé en l'absence d'une telle permission des détenteurs des droits d'auteur, à condition que la reproduction ne concerne pas l'exploitation économique du travail et que la copie est destiné à un usage privé. De sorte qu'ils se proposent de préciser les contours de la légalité de l'ensemble de la copie privée protégée par le droit d'auteur des œuvres, délimitant la légalité de l'existence ou de l'absence de préjudice pour le titulaire, notamment en soulignant les conséquences de cette conclusion pour l'interprétation de limites de la protection juridique de ces droits dans le système juridique brésilien. Ainsi, il est proposé d'étudier l'équilibre des intérêts protégés par l'utilisation de bureau privé, le pouvoir de la reproduction dans le visage de la limite de la copie privée d'œuvres supervisés par le droit d'auteur, la délimitation de la notion de copie privée de leurs motifs et de la nature, les actes de copie privée pratiquée par des mécanismes de partage de fichiers dans l'environnement numérique et la responsabilité de sa mise en œuvre. Pour des utilisations telles que la méthode de travail analyse doctrinale et jurisprudentielle du cadre juridique de la copie privée, proposant aussi une réflexion sur les innovations, les réalisations et les défis dans leur application contre les nouveaux moyens d'expression, de communication et de diffusion des actifs intellectuels.

MOTS-CLÉS: Droits d'auteur - Limites - Reproduction - Copie privée - Société de l'Information - Mécanismes Technologie partage de fichiers P2P - Responsabilité - Réseaux.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo estudiar la legalidad de la copia de obras intelectuales destinados al uso privado en ausencia de dicha autorización de los titulares de derechos de autor, siempre que la reproducción no implica la explotación económica de la obra y que la copia es destinados al uso privado. Tanto que proponen precisar los contornos de la legalidad de toda la copia privada protegida por las obras de derecho de autor, que delimita la legalidad de la existencia o ausencia de daño al titular, haciéndose referencia a las consecuencias de esta conclusión para la interpretación de límites de la protección legal de estos derechos en el sistema jurídico brasileño. Por lo tanto, se propone estudiar el equilibrio de intereses protegidos en el uso de oficina privada, el poder de la reproducción en la cara de los límites de la copia privada de obras supervisadas por el derecho de autor, la delimitación de la noción de copia privada de sus motivos y la naturaleza, los actos de copia privada practica a través de mecanismos de intercambio de archivos en el entorno digital y la responsabilidad de su aplicación. Para usos tales como un método de trabajo el análisis doctrinal y jurisprudencial del marco jurídico de la copia privada, también propone una reflexión sobre las innovaciones, logros y desafíos en su aplicación en contra de los nuevos medios de expresión, comunicación y difusión de los activos intelectuales.

PALABRAS CLAVE: Derecho de autor - Límites - Reproducción - Copia privada - Sociedad de la Información - Mecanismos Tecnología compartir archivos - Responsabilidad - Redes P2P.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
-------------------------	-----------

PARTE I - A SOCIEDADE E A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO	21
---	-----------

1.1 A revolução dos meios de comunicação	25
1.1.1 <i>O fim das barreiras ao fluxo da informação</i>	<i>33</i>
1.1.2 <i>O controle do fluxo da informação.....</i>	<i>39</i>
1.2 A proteção do bem intelectual na economia da informação	53
1.2.1 <i>O valor da produção e da transmissão dos bens intelectuais</i>	<i>62</i>
1.2.2 <i>O regime de proteção adequado para os bens intelectuais.....</i>	<i>70</i>
1.3 A (im)perecibilidade do bem intelectual	80
1.3.1 <i>A (im)perecibilidade e a transferência de direitos.....</i>	<i>91</i>
1.3.2 <i>A (im)perecibilidade e a concessão de licenças de uso.....</i>	<i>98</i>
1.3.3 <i>A imperecibilidade e a teoria do esgotamento</i>	<i>105</i>

PARTE II - O EQUILÍBRIO DOS INTERESSES TUTELADOS NO USO PRIVADO	
--	--

118

2.1 O interesse protegido pelo direito de autor	129
2.2 A colisão de interesses na proteção conferida pelo direito de autor	144
2.2.1 <i>O espaço livre para uso privado e a satisfação de interesses individuais</i>	<i>163</i>
2.2.2 <i>O espaço livre para uso privado e a satisfação do interesse socialmente relevante de acesso à cultura, promoção da investigação e da educação</i>	<i>173</i>
2.3 A defesa de uma posição equilibrada entre os interesses conflitantes	189

PARTE III - O PODER DE REPRODUÇÃO E A CÓPIA PARA USO PRIVADO DAS OBRAS INTELECTUAIS206

3.1 O poder de reprodução e a cópia privada223

3.1.1 A cópia privada analógica231

3.1.2 A cópia privada digital.....243

3.1.3. A reprodução temporária e a cópia privada digital253

3.2 O uso privado266

3.2.1 A noção de reprodução para uso privado.....283

3.2.2 A finalidade gratuita da reprodução para uso privado292

3.2.3 A origem lícita da fonte reproduzida para uso privado.....303

3.2.4 O autor material da reprodução para uso privado307

3.2.5 O número de cópias reproduzidas para uso privado315

3.2.6 A afetação da exploração normal da obra e o prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular na reprodução para uso privado319

3.3 As compensações econômicas pela cópia privada328

3.3.1 Remuneração do autor pelo prejuízo sofrido com a cópia para uso privado340

3.3.2 Compensação pela cópia privada efetiva ou pela mera possibilidade de realizarem-se cópias346

PARTE IV - A NATUREZA DA CÓPIA PARA USO PRIVADO E OS MECANISMOS TECNOLÓGICOS PARA O SEU CONTROLE354

4.1 Os fundamentos da cópia privada362

4.2 A cópia privada: direito, limite ou exceção do Direito de Autor?375

4.3 A cópia privada e as medidas tecnológicas de proteção389

4.4 A cópia privada digital e as medidas adotadas como resposta gradual.....422

PARTE V - OS ATOS DE CÓPIA PARA USO PRIVADO PRATICADOS ATRAVÉS DE MECANISMOS DE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NO AMBIENTE DIGITAL E A RESPONSABILIDADE PELA SUA EXECUÇÃO.....441

5.1 A (i)licitude da cópia digital para uso privado realizada através de mecanismos de compartilhamento de arquivos em ambiente digital452

5.1.1 O ato de download e a (i)licitude da cópia digital para uso privado.....461

5.1.2 O ato de upload e a (i)licitude da cópia digital para uso privado467

5.2 A responsabilidade civil do utilizador pelo ato de reprodução realizado através de mecanismo de compartilhamento de arquivos em ambiente digital475

5.3 A responsabilidade civil do fornecedor dos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital em decorrência do dever geral de vigilância e pela identificação dos conteúdos ilícitos.....485

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS514

BIBLIOGRAFIA524

INTRODUÇÃO

A nova realidade da sociedade e da economia da informação põe em causa os fundamentos ou justificativas das reivindicações dos titulares de direitos, fomentando a discussão sobre os limites do direito de autor. É assim que se evidencia a noção do uso privado, independente de autorização ou retribuição pecuniária ao autor, em face do interesse público.

Por isso, impõe-se estudar a licitude das reproduções das obras intelectuais destinadas ao uso privado na ausência de autorização para tal dos titulares de direitos de autor, desde que a reprodução não implique em exploração econômica da obra e que a cópia se destine ao uso privado.

Como ponto central da discussão a ser enfrentada no plano de investigação a desenvolver-se, aponta-se, precipuamente, o conflito entre o poder regulador estatal estabelecido pelas normas de diversos ordenamentos jurídicos que tutelam o direito de autor e a liberdade intrínseca das relações interpessoais, especialmente as que dizem respeito ao ambiente digital.

Assim, é que se intenta ponderar os interesses individuais em face dos coletivos, de forma a extrair o interesse que predomina na tutela dos bens intelectuais pelo direito de autor. Para o efeito, buscar-se-á uma posição equilibrada com o fito de sustentar a possibilidade de regulamentação duma contrapartida social da liberdade de criação intelectual.

Daí que se aventa como de sobremaneira importante a análise de algumas garantias constitucionais que estão vocacionadas para a tutela do espaço livre para uso privado que se dirige à satisfação de interesses individuais; mas, que se integra no interesse socialmente relevante de acesso à cultura, promoção da investigação e da educação.

Registre-se que a razão do destaque deste objetivo geral, tem como condão fomentar também em sede do ordenamento jurídico brasileiro a discussão que hoje já ultrapassa as fronteiras do ordenamento jurídico americano e europeu, sobre os limites do direito de autor.

Por isso, impende sopesar qual será no ordenamento jurídico brasileiro a posição a adotar sobre a reprodução das obras tuteladas pelo direito de autor, em especial sobre o enfoque atual em face da dilatação dos antigos limites físicos à reprodução de obras criativas de espírito, que hoje, mais do que nunca forçam toda a sistemática jurídica a uma redefinição de seus conceitos.

Por forma a identificar as hipóteses científicas atinentes à investigação que se pretende desenvolver, convém referir a situação problema que envolve a temática da linha de pesquisa proposta.

Assim, de modo a delinear os vértices da discussão sobre o uso privado e o download de obra protegida é mister buscar a fundamentação da liberdade de reprodução.

Em que pese os múltiplos debates alinhados sobre a matéria, a noção da fundamentação da liberdade de reprodução deverá ser extraída tendo como norte a constatação inarredável da impossibilidade de controle na esfera privada das reproduções efetuadas, fomentada quer pela propagação dos meios analógicos ou pela multiplicação dos meios digitais.

Outrossim, mostra-se inegável o potencial de divulgação cultural que tais métodos de reprodução geram; mas, por outro lado, também, é incontestável a redução potencial das possibilidades de exploração econômica das obras e prestações protegidas geradas pelo uso privado.

Neste sentido, apresenta-se indispensável estudar o regime jurídico da compensação devida pela reprodução de obras protegidas pelo direito de autor dentro dos limites destes, analisando-o em tom de enfrentamento sobre os dois referidos núcleos de interesses, coletivo e individual.

Convém referir que alguns estudos de relevo já foram produzidos sobre a situação problema que ora se apresenta; mas, todavia, dado os desenvolvimentos da temática nos últimos anos, em especial das diversas tentativas de estabelecer-se uma norma reguladora sobre as reproduções efetuadas de obras protegidas pelo direito de autor, em especial no ambiente digital, apresenta-se relevante e atual a discussão sobre a matéria.

Denote-se que para além da discussão sobre a legalidade das reproduções para uso privado, pretende-se analisar a matéria à luz do ordenamento jurídico brasileiro, por ser este o mais limitador que a maioria dos regimes de utilização livre das obras protegidas pelo direito de autor, sufragados em sistemas jurídicos diversos.

Assim, é que se impõe a análise da cópia integral para uso privado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a apontar os critérios para a identificação de sua juridicidade e enfrentar as discussões a cerca da legalidade da mesma, quer no âmbito civil, quer no penal.

Importa também acrescer ao estudo da matéria uma investigação sobre os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro frente à Organização Mundial de Propriedade Intelectual e à Organização Mundial do Comércio, com especial destaque para o Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio e a Convenção de Berna. Tudo isto com o fito de alargar um debate lúcido sobre a interpretação a adotar na hipótese do art. 46 do diploma autoral brasileiro.

Pontue-se que o estudo preliminar sobre os limites do direito de reprodução revela-se indispensável para o esteio da posição a adotar sobre a interpretação adequada ao referido artigo da lei autoral brasileira.

Por forma a apresentar os objetivos relativos ao diagnóstico das hipóteses científicas é que se pretende apontar os contornos da juridicidade das cópias integrais para uso privado das obras protegidas pelo direito de autor, delimitando a sua legalidade a partir da existência ou não de dano ao titular, especialmente apontando as consequências desta conclusão para a interpretação dos limites da proteção jurídica destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, após haver sido delimitado o objetivo geral passa-se à relação não exaustiva dos objetivos específicos, que se identificam em, diagnosticar na primeira parate desta investigação a revolução dos meios de comunicação como estratificação duma nova sociedade, relacionar a evolução dos meios de comunicação com o fim das barreiras ao fluxo da informação, analisar a possibilidade do enquadramento duma medida adequada para controlar o fluxo da informação, dimensionar o valor da produção e da transmissão dos bens intelectuais, compreender a teoria do esgotamento do direito de autor.

Na segunda parte deste estudo buscar-se-á explicitar, sistematizar e compreender o equilíbrio dos interesses tutelados em sede do uso privado, identificar o qual o interesse reflexamente protegido pelo direito do autor, enfrentar a problemática da colisão de interesses em face da proteção conferida pelo direito de autor. Desta forma, relevante é desmistificar a possibilidade de estabelecimento dum espaço livre para uso privado visando a satisfação de interesses de natureza individuais, bem como de interesses socialmente relevantes de acesso à cultura, promoção da investigação e da educação. Sem embargo, o que se pretende é a defesa duma posição equilibrada entre os interesses conflitantes, com vistas a garantir a tutela do exclusivo autoral e franquear a previsão de limites sustentados no uso privado.

Ademais, preocupar-se-á a terceira parte desta investigação com o estudo do poder de reprodução em face do limite da cópia para uso privado das obras tuteladas pelo direito de autor. Nesta senda, realizar-se-á um enfrentamento sobre o âmbito de proteção garantido ao exercício desta faculdade, respeitando o limite da cópia privada, quer na sua modalidade analógica como digital. Destaque-se, ainda, a importância da delimitação da noção de reprodução para uso privado, bem como do estudo sobre a remuneração paga ao titular dos direitos de autor pela imposição do limite da cópia para uso privado.

No que tange à quarta parte do presente estudo objetiva-se efetuar um adensamento sobre a delimitação da cópia privada de modo a revelar quais os seus fundamentos e a sua verdadeira natureza. E, ainda destacar a importância da análise dos mecanismos tecnológicos utilizados para efetuar-se o controle sobre os atos de reprodução. Assim é que revela destaque a compreensão das medidas tecnológicas de proteção, bem como das medidas adotadas como resposta gradual. Ou seja, o que se pretende, nesta quarta parte da investigação, é analisar, descrever e comparar a potencialidade dos meios de reprodução em rede, dimensionar e descrever os mecanismos de controle efetivo dos atos de utilização passiva das obras, e relacionar as medidas adotadas como meio de resposta gradual à eventuais violações aos direitos de autor.

Por último, constitui-se objeto de estudo da quinta parte desta investigação a análise dos atos de cópia para uso privado praticados através de mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital e a responsabilidade pela sua execução. Deste modo enfrentar-se-á o problema da legalidade dos atos de *download* e *upload* para uso privado realizados através dos mecanismos de compartilhamento de arquivos em ambiente digital, bem como a imputação de responsabilidade tanto ao seu utilizador como ao seu fornecedor.

Diante dos objetivos acima traçados, para o efeito de alcance dos mesmos e como suporte material da presente investigação, mister lançar mão dos diversos instrumentos jurídicos internacionais que regulam a matéria; bem como, dos diplomas legais no âmbito do ordenamento jurídico luso-brasileiro, que disciplinam a tutela autoral.

Assim, de modo a obter-se uma visão não só geral, mas também particular sobre o regime jurídico da cópia privada cumpre-se necessário a análise cuidada da Convenção de Berna, do Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial do Comércio, do Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos

direitos conexos na sociedade da informação, do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos português e da Lei n.º 9.610/98, que estabelece a tutela autoral no Brasil. Mais ainda, de forma mais pontual analisou-se textos constitucionais de alguns Estados, bem como a sua respectiva legislação autoral.

Pontue-se, que em face dos desenvolvimentos recentes sobre a instituição de sistemas graduais de resposta como meio de controle do download de obra protegida pelo direito de autor, em especial na França, serão analisados tais diplomas, bem como as propostas incluídas na pauta de alguns Estados na Europa e no Brasil.

Outrossim, a metodologia a utilizar-se será a análise doutrinária e jurisprudencial sobre o regime jurídico da cópia privada, em especial a sua aplicação no ordenamento jurídico luso-brasileiro; propondo-se, ainda, uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios na aplicação dos mesmos face aos novos meios de expressão, comunicação e divulgação dos bens intelectuais.

Destaque-se que em face da limitação mais rigorosa prevista no ordenamento jurídico brasileiro para o uso privado, expressa no art. 46, da Lei 9.610/98, em especial a previsão contida no inciso II, do mesmo dispositivo legal de que não constitui ofensa ao direito de autor: «a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro»; é que a perspectiva epistemológica do recorte disciplinar que ora se efetua assume como ponto de partida este referencial teórico.

No entanto, refira-se que a análise do conteúdo do referencial teórico a pontuar-se nesta investigação, não se reconduzirá a esta única sede de ordenamento jurídico, propondo-se inclusive uma análise sobre os ordenamentos jurídicos de sistema jurídico diverso do europeu continental, ao qual o ordenamento jurídico brasileiro filia-se; ou seja, far-se-á também uma análise sobre os ordenamentos jurídicos de escopo de sistema jurídico de *common law*.

Ao cingir-se no presente momento ao ordenamento jurídico brasileiro, convém ressaltar *ab initio* que a lei autoral brasileira, a Lei 5.988/73, revogada pela atual Lei 9.610/98 que disciplina a proteção conferida ao autor, ao tratar das limitações e do regime de utilização livre, referia no inciso II do seu art. 49, que não representava ofensa aos direitos do autor: «a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro».

Todavia, ao comparar a legislação atual com a revogada, verifica-se, que do processo de atualização da legislação adveio, a contrário senso, um retrocesso sobre a previsão do regime de utilização livre das obras protegidas pelo direito de autor.

Esta constatação decorre de duas premissas, a primeira refletida na limitação pessoal para a utilização da cópia, imposta na nova lei, mas ausente na anterior; e, a segunda da introdução imposta como restrição à reprodução em «pequenos trechos», ausente na anterior que permitia a cópia integral.

Nestes termos, a nova lei autoral brasileira de 1998 proíbe a cópia integral para uso privado, admitindo a cópia apenas em «pequenos trechos» para uso exclusivo do copista, desde que ausente a intenção de lucro.

Sem embargo, constata-se o retrocesso e instauram-se diversos problemas, até então sem solução. Pois, a lei não estabeleceu o parâmetro para o que se deve entender por «pequenos trechos».

Mais ainda, a nova lei não faz distinção entre as obras postas à disposição do público e as retiradas de circulação. Lembre-se que muitas obras estão apenas acessíveis em bibliotecas distantes do público ou às vezes colacionada num acervo particular, reconduzindo a problemas de ordens diversas em especial de impedimento ao desenvolvimento e ao fomento de acesso à educação, à cultura e à informação de uma maneira geral.

Assim é que se apresentam diversas questões sobre o regime de utilização livre das obras protegidas pelo direito de autor, propiciando, inclusive espaço para decisões carentes de objetividade como a adotada pela Associação Brasileira de Direitos Reprográficos sobre a definição do que se entende por «pequenos trechos». Na ausência de critério legal objetivo é que a referida entidade associativa vem fundamentando a sua atuação enérgica para coibir a cópia privada, através de medidas coercitivas, tanto na esfera civil quanto penal, visando, principalmente, impedir a prática da cópia de livros no recinto universitário.

Observe-se que para o efeito do que fora proposta em sede de discussão teórica do problema entendeu-se por bem dividir esta investigação em cinco partes, nas quais se discutirá a sociedade e a economia da informação, o equilíbrio dos interesses tutelados no uso privado, o poder de reprodução e a cópia para uso privado das obras intelectuais, a natureza da cópia para uso privado e os mecanismos tecnológicos para o seu controle e os atos de cópia para uso

privado praticados através de mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital e a responsabilidade pela sua execução.

Frise-se que se levantará como ponto de ligação e equilíbrio entre as partes propostas da investigação a noção de licença global ou contribuição criativa e a discussão em torno da regulamentação sobre as compensações econômicas.

E, ainda tentar-se-á desmistificar a noção de uso privado que já a partida traduz um critério de liberdade para copiar e não de permissão para copiar, dados os limites do direito de autor. Mas, sempre lembrando que o uso privado não escapa à incidência do direito de autor.

PARTE I - A SOCIEDADE E A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO

O grande problema sobre investigar, escrever e trabalhar com a tutela dos bens intelectuais, em certa medida, deve-se ao fato de que hoje os avanços tecnológicos criam e potencializam diferentes métodos¹ de reprodução, transmissão e fixação das obras tuteladas pelo direito de autor. Esta mesma tecnologia permite que a obra autoral antes acessível apenas pelo suporte tangível, seja disponibilizada em arquivo digital; potencializando-se a capacidade de duplicação, sem que isso represente a diminuição da sua qualidade, muitas das vezes alcançada mesmo em se tratando de cópia cuja fonte original é ausente.

É indiscutível que os arquivos digitais abriram as portas para um novo mundo. Hoje, as possibilidades de comunicação e distribuição são infinitas. E daí advir mais um problema, separar o que é modismo ou profunda alteração², já que a tecnologia é por demais volátil. O que está posto hoje não se identifica com o de amanhã.

Sem embargo, a tutela dos bens intelectuais pelo direito de autor, a noção do direito de reprodução das obras protegidas pelo direito de autor e o inquestionável direito à informação³, estão em causa em tempos de democratização do uso da informação digital, do uso das redes eletrônicas abertas e das aplicações, ferramentas e produtos multimídia.

¹ Ressalte-se que tais métodos são extremamente avançados, apresentando altíssima qualidade de som e imagem, tempo de resposta ao milésimo de segundo, com tamanhos cada vez mais reduzidos, permitindo transmissão e fixação mais sensível.

² Em conferência proferida em Oxford o Prof. Dr. Yochai Benkler, da Universidade de Harvard explica que esta é a mudança crítica que está a ser introduzida e invertida pela internet. Referindo-se sobre o objeto da sua intervenção que se debruça sobre a emergência de uma produção social o Professor destaca o percurso de James Gordon Bennet que em 1835 fundou o primeiro jornal de circulação de massa na cidade de Nova Iorque, *Herald*, com um investimento de U\$ 500 para começar, o que seria o equivalente em 2005 a U\$ 10.400. Mas quinze anos mais tarde, em 1850, fazer a mesma coisa - começar o que era vivenciado como um jornal diário de circulação de massa - chegaria a custar U\$ 2,38 milhões. Destacando o elevado custo como um requisito para produzir informação, conhecimento e cultura, o Professor acentua a bifurcação extrema entre os produtores, que deviam ser capazes de levantar capital financeiro, como qualquer outra organização industrial, e os consumidores passivos, que poderiam escolher a partir de um conjunto de coisas que esse modelo industrial podia produzir. BENKLER, Yochai. **The New Open Source Economics**. in TED, Ideas worth spreading. Palestra proferida em Oxford, a Julho de 2005, Disponível em <http://www.ted.com/index.php/talks/yochai_benkler_on_the_new_open_source_economics.html>, consultada a 16.09.2009. Neste mesmo sentido o Prof. Dr. Yochai Benkler destaca em sua obra, «Bennett founded the Herald in 1835, with an investment of five hundred dollars, equal to a little more than \$10,400 in 2005 dollars. (...) By 1850, that amount had again grown tenfold, to \$100,000, about \$2.38 million in 2005». BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 188.

³ Referindo a necessidade de imposição de limites aos direitos de autor a favor da difusão do conhecimento e da disseminação da cultura, referiu o Prof. Dr. Bruno Jorge Hammes: «(...) juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos». HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino**. São Leopoldo: Unisinos, 1998, pp. 76-77.

É assim, que as alterações propiciadas pelas novas tecnologias de produção, tratamento, difusão e exploração da informação digital, assumem, hoje, um relevo histórico de profunda mutação nas práticas convencionais sociais e profissionais relativas ao uso da informação. Trata-se duma alteração na economia da informação, cujos meios de produção passam a estar nas mãos de qualquer pessoa com acesso às referidas novas tecnologias⁴.

De sorte que se apresenta de extrema relevância para o desenvolvimento deste estudo, iniciar a pesquisa com a análise de duas novas realidades do mundo atual, que são a sociedade e a economia da informação, já que estão elas a por em causa os fundamentos ou justificativas das reivindicações dos titulares de direitos, fomentando a discussão sobre os limites do direito de autor.

Por conseguinte, e no intuito de não se exaurir esta pesquisa num vazio de fundamentação, bem como, por forma a aplicar o rigor metodológico que um trabalho desta natureza impõe é que se apresenta imperioso desde já identificar detalhadamente os objetivos desta primeira parte do estudo, quais sejam: diagnosticar a revolução dos meios de comunicação como estratificação duma nova sociedade; relacionar a evolução dos meios de comunicação com o fim das barreiras ao fluxo da informação; analisar a possibilidade do enquadramento duma medida adequada para controlar o fluxo da informação; dimensionar o valor da produção e da transmissão dos bens intelectuais; compreender a teoria do esgotamento do direito de autor.

É bem verdade, que a identificação destes objetivos está umbilicalmente ligada com o enfretamento da seguinte hipótese: A revolução dos meios de comunicação estabeleceu a estratificação de uma nova sociedade? A resposta a esta pergunta, tentar-se-á encontrar ao longo do desenvolvimento desta primeira parte, mas cuja análise, necessariamente aprofundada, muito provavelmente esbarrará em mais hipóteses a serem solucionadas.

⁴ É assim que preleciona o Prof. Dr. Yochai Benkler ao ponderar que houve uma alteração nas preferências dos consumidores, forjada pela emergência da produção social. Refere o autor «Active users require and value new and different things than passive consumers did. The industrial information economy specialized in producing finished goods, like movies or music, to be consumed passively, and well-behaved appliances, like televisions, whose use was fully specified at the factory door. The emerging businesses of the networked information economy are focusing on serving the demand of active users for platforms and tools that are much more loosely designed, late-binding—that is, optimized only at the moment of use and not in advance—variable in their uses, and oriented toward providing users with new, flexible platforms for relationships. Personal computers, camera phones, audio and video editing software, and similar utilities are examples of tools whose value increases for users as they are enabled to explore new ways to be creative and productively engaged with others. In the network, we are beginning to see business models emerge to allow people to come together, like MeetUp, and to share annotations of Web pages they read, like del.icio.us, or photographs they took, like Flickr.» BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom.** New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 126.

Note-se que como observação primeira a efetuar-se, diz respeito à terminologia apresentada, dado que no domínio da sociedade da informação o mais correto seria simplesmente apontar a tecnologia da informação, pois a tecnologia da comunicação está inserida nesta. Entretanto, consagrou-se internacionalmente o termo em epígrafe, sendo inclusive conhecida pela abreviatura de suas iniciais: TIC.

Em boa medida, as tecnologias da informação abrangem a tecnologia da comunicação e do conhecimento, como bem esclarece Rover⁵, quando descreve os sistemas especialistas da informação, apontando criteriosamente a distinção entre as mesmas que toca de perto quanto aos mecanismos tecnológicos utilizados; já que a primeira, cuida do acesso à informação e a segunda à organização, armazenamento e manipulação da informação.

De mais a mais, o que não se pode contestar nesta observação, quer seja a tecnologia implementada de comunicação ou de conhecimento, ambas facultam soluções baratas e céleres, tanto ao nível da complexidade administrativa como técnica⁶.

Assim, destacando-se a *world wide web* como "a espinha dorsal da comunicação global"⁷, a presente investigação encontra-se fulcrada nesta tecnologia, sendo portanto, desnecessário explicar e elencar quais os mecanismos e aparelhos que precederam e os que fazem parte desta tecnologia da informação⁸, pois ela já faz parte integrante da vida cotidiana, assumindo

⁵ O autor enfaticamente destaca que "As tecnologias de comunicação referem-se aos mecanismos e programas que facilitam o acesso às informações de maneira universal, ou seja, sem impor nenhum tipo de barreira, a não ser aquelas que se referem à segurança e integridade dos sistemas. Exemplo disto, são as tecnologias de redes de computadores. As tecnologias relativas ao conhecimento dizem respeito basicamente ao desenvolvimento de programas (softwares) que organizem, armazenem e manipulem os dados e informações de tal forma que facilitem a compreensão destes por um universo infinito de interessados. Exemplo disto, são os sistemas inteligentes, dentre eles os sistemas especialistas legais". ROVER, Aires José. **Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito**. In: ____ (Org.). Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.208. A mesma citação pode ser encontrada nas seguintes publicações: ROVER, Aires José. **A tecnologia como fator de democratização do Direito. Estudos Jurídicos e Políticos**, v.19, n.25, p.50-55, 1997; [buscalegis.ccj.ufsc.br, file://platao/www/arquivos/revistasCCJ/seq35-tecnologia CFDD.html](http://buscalegis.ccj.ufsc.br/file://platao/www/arquivos/revistasCCJ/seq35-tecnologia%20CFDD.html); CAPELLARI, Eduardo. **Tecnologias de informação e possibilidade do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania**. In: ROVER, Aires José. (Org.). Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital. Ob. cit., p.35-45, nota 2.

⁶ Exemplo desta tecnologia que revolucionou o modo pelo qual os homens compartilham informação é o MPEG-1, Layer 3, ou abreviadamente MP3. Esta tecnologia alterou o modo de distribuição da música em todo mundo. O MP3 teve início com o site www.MP3.com, em 1997, mas sua popularização só veio com a criação do Napster em 1999. Com o formato Mp3, o utilizador pode determinar a relação entre qualidade e tamanho do arquivo. BENAULOUCHE, Samu. **Do Napster aos dias atuais, ou da impunidade à prisão**. Revista Universitas Jus, vol 17 jul/dez. 2008.

⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002. p.369.

⁸ Vd. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer. op. cit. e LANGE, Deise Fabiane. **O impacto da tecnologia digital sobre o direito de**

uma crescente importância na vida coletiva atual, introduzindo uma nova dimensão no modelo das sociedades modernas, tanto em nível nacional, como internacional.

Ademais, a presente investigação, assume a *world wide web* como uma tecnologia de informação de âmbito mundial⁹ e, caracterizada pela digitalização e eliminação de distâncias. Tal tecnologia, como é óbvio revolucionou as relações pessoais e as transações econômicas. E consequentemente trouxe implicações para a órbita jurídica; pelo que afirmar a incapacidade dos operadores do direito em acompanhar a celeridade das mudanças frente à esta nova realidade posta, é tocar sempre na mesma ferida.

É fato! O corpo de normas jurídicas não consegue acompanhar a velocidade que se desenvolve a sociedade da informação ou da sociedade ligada em rede¹⁰.

Por isso é que as reflexões sobre o direito de autor em face da tecnologia de informação é da ordem do dia, configurando-se num debate mundial de suma importância, já que põe em relevo mudanças de paradigmas com implicações nos interesses públicos e privados diante da transposição territorial que cerca o assunto¹¹.

Aliás, o direito de autor, por excelência, é o ramo do direito que mais vem sofrendo impacto¹² desta nova tecnologia de informação, em seus mais diversos aspectos, que vão desde a inserção de novos conceitos e a eliminação ou conservação de outros; mas, principalmente, o forte debate sobre as exceções e limites impostos aos direitos dos autores na era digital, e que se encontram regulados em alguns tratados internacionais.

autor e conexos. São Leopoldo: UNISINOS, 1996; para detalhes sobre os mecanismos, aparelhos e conceituação da tecnologia digital.

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Coimbra: Almedina, 2001, p. 85.

¹⁰ Neste sentido vd. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.375-376.

¹¹ KEPLINGER, Michael S. **La infraestructura global de la información y su marco legal.** Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, p.18, junho/julho de 1995.

¹² Pierre Lévy critica o termo impacto, afirmando que «(...) a metáfora do impacto é inadequada», pois «(...) a tecnologia seria algo comparável a um projétil (pedra, obus, míssil?) e a cultura ou a sociedade um alvo vivo. Esta metáfora bélica é criticável em vários sentidos. A questão não é tanto avaliar a pertinência estilística de uma figura retórica, mas sim esclarecer o esquema de leitura dos fenômenos – a meu ver, inadequado – que a metáfora do impacto nos revela» LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p.21.

1.1 A revolução dos meios de comunicação

A pouco mais de duas décadas, o homem jamais imaginara a intensidade de crescimento que a *world wide web* viria a impulsionar e a revolucionar no seu modo de vida. Inegavelmente os paradigmas foram quebrados, transpondo-se para o digital, logo virtual, o que dantes era inteiramente físico e tangível.

É bem verdade que uma das características mais profundas da influência de um meio de comunicação nas sociedades é a reconfiguração dos espaços percebidos por esta sociedade. E foi, exatamente esta revolução que a *world wide web* trouxe.

O homem passa, agora, a relacionar-se no ciberespaço, pulverizando os problemas que dantes apresentavam-se pelas distâncias impostas geograficamente; já que, no mundo virtual é possível tocar, sentir, ver, ouvir e interagir.

Em boa medida, o desenvolvimento científico e tecnológico, os usos que se faz desta tecnologia e as relações que são construídas a partir destes usos alteram as formas como os membros desta sociedade experimentam e percebem o mundo em que vivem. Essas mudanças afetam as relações das pessoas consigo mesmo e entre si, modificando, por conseguinte, a organização social onde ocorrem estas relações, num processo dinâmico¹³.

Nos tempos atuais, estes avanços, tornados, a cada momento, mais acessíveis a um maior número de pessoas, causam progressivamente uma remodelação das estruturas materiais e sociais da sociedade¹⁴. As tecnologias de informação - que essencialmente facilitam, aceleram e barateiam a produção, reprodução e difusão do conteúdo informativo e comunicativo – têm-se destacado pelo seu impacto direto e amplo na sociedade contemporânea¹⁵.

Todo este processo tem sido entendido como sendo uma revolução informacional, e seus resultados são a constituição de um novo modelo social, denominado de sociedade da informação¹⁶. Esta sociedade, pós-industrial, funda-se no conhecimento e sustenta-se numa economia fortemente ancorada nos bens resultantes da criação, que são protegidos juridicamente pelos institutos do direito intelectual.

¹³ Para uma visão das mudanças e efeitos sociais da tecnologia digital ver “**Cibercultura**” e “**O que é o virtual?**”, de autoria de Pierre Levy, editados pela Editora 34, respectivamente em 1999 e 1996.

¹⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 21-22.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, op. cit., p. 51 e ss.

¹⁶ LOJKINE, Jean. **A revolução informacional**. São Paulo: Cortez Editora, 1995. p. 49-54.

Os números são impactantes nesta nova realidade informacional, as indústrias culturais, cujas matérias primas são obras artísticas, têm um forte impacto econômico – representam hoje o setor específico de melhor performance em exportações nos Estados Unidos¹⁷, aproximadamente 7% do PIB Mundial¹⁸, e entre 2,4% e 6,8% do PIB Nacional¹⁹. Sobre estas obras, como expressões artísticas, incidem os direitos autorais, que as valorizam economicamente protegendo-as juridicamente contra a utilização e modificação não autorizada.

No entanto, a disseminação das tecnologias de informação possibilitou a desmaterialização e o progressivo barateamento dos custos de produção, reprodução, distribuição e difusão destas obras artísticas, obrigando uma revisão dos direitos autorais frente a esta nova realidade. Em reação a esta desmaterialização dois novos tratados internacionais foram negociados na OMPI²⁰, incorporados nos Estados Unidos da América através do Digital Millenium Copyright Act - DMCA²¹ e na União Européia pelas Diretivas Européias 2001/29/EC e 2000/31/EC²².

Em conjunto a esta onda crescente de desmaterialização da produção, observa-se uma contínua expansão do comércio internacional com a crescente liberalização econômica, fortalecimento da proteção jurídica com novos instrumentos internacionais e a priorização política dos assuntos relacionados a estes bens como fator estratégico, num processo que

¹⁷ SIWEK, Stephen E. **Economists Incorporated. Engines of growth: economic contributions of the US intellectual property industries.** Disponível em http://www.nbcuni.com/About_NBC_Universal/Intellectual_Property/pdf/Engines_of_Growth.pdf . Acesso em 26/05/2008.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ São eles, o Tratado OMPI de Direitos de Autor e o Tratado OMPI sobre as Interpretações e Execuções Audíveis, ambos adotados em 20/12/96, regulamentam os direitos de autor na sociedade de informação. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT.** Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Performances and Phonograms Treaty – WPPT.** Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295578>.

²¹ O Digital Millenium Copyright Act foi promulgado em 28/10/98 nos EUA e incorpora os tratados da OMPI sobre os direitos autorais na Sociedade de Informação. ESTADOS UNIDOS. **The Digital Millenium Copyright Act.** 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

²² Para o texto completo destas Diretivas, consulte: EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, eletrônico, no mercado interno. Directiva sobre comércio eletrônico.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

resultou no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio²³ e agora sustentado pelos Acordos Livres do Comércio.

Registre-se que a crescente valoração dos bens intelectuais, entendidos como aqueles resultantes dum processo criativo venha sendo profetizado há algumas décadas, apenas no final do século XX seu impacto começa a ser medido. Merece, assim, destaque dentre os trabalhos de mensuração do impacto econômico destas indústrias, os estudos de alguns organismos internacionais sobre a matéria²⁴. A importância de tais estudos deve ser ressaltada, muito embora todos eles destaquem os problemas metodológicos enfrentados, obrigando-se, assim, a relativização dos dados, em razão de sua incompletude²⁵.

Ademais, a própria noção de território apresenta-se hoje desconfigurada, especialmente para o mundo dos juristas, quando, por exemplo, depara-se com o problema de equacionar violação a direito de autor cometida por um cidadão francês, cuja web site está hospedada num território no qual a violação perpetrada não se configura em ilícito, tendo praticado a mesma em território brasileiro.

Sem embargo a *world wide web* para além de encurtar as distâncias e permitir o transporte de informações duma maneira quase instantânea, proporciona uma reconfiguração da noção de espaço geográfico, em cima dum novo espaço, não geográfico, que supera as fronteiras do mundo físico.

²³ Sobre o tema vd. SELL, Susan K. **Private power, public law**. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 10-16.

²⁴ UNESCO. **International flow of selected goods and services 1994-2003: defining and capturing the flows of global cultural trade**. Disponível em http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf . Acesso em 25/05/2008. UNCTAD. **Creative economy report. The challenge of accessing the creative economy: towards informed policy-making**. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf . Acesso em 20/05/2008. OMPI. **Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rights in the Mercosur countries and Chile**. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf. Acesso em 01/05/2008. UNIÃO EUROPEIA. **Eurostat: cultural statistics**. Disponível em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-77-07-296/EN/KS-77-07-296-EN.PDF . Acesso em 15/05/2008. vd. sobre o tema SIWEK, Stephen E. **Economists Incorporated. Copyright industries in the US economy**. Disponível em <http://www.iipa.com/pdf/2004_SIWEK_FULL.pdf>. Acesso em 18/05/2008.

²⁵ Para uma análise mais detalhada sobre os números apontados nestes estudos vd. UNCTAD **Creative Economy Report 2008**, especialmente o capítulo 4; UNESCO **International Flow of Selected Cultural Goods and Service Data**, especialmente o capítulo 2. Aponte-se que as principais limitações à medição econômica destas atividades concentram-se na disponibilidade de dados e a natureza especial dos produtos culturais, demandando novos instrumentos de mensuração.

Tudo isto porque a *world wide web* revolucionou o modo pelo qual os homens comunicam-se e relacionam-se²⁶. Com este novo meio de comunicação as distâncias praticamente foram apagadas, tornaram-se ínfimas; obviamente, não no plano concreto, mas no plano da percepção. Para além do acesso aberto a informações de lugares longínquos, esta nova tecnologia permite, também, a alteração destas informações.

De sorte que é possível a sujeitos fisicamente localizados em pontos geográficos longínquos do globo, compartilhar arquivos de mídias diversas. Tudo num ambiente de completa convergência tecnológica e total interatividade, transformando cada sujeito utilizador da rede em emissor e receptor de informação.

Tal convergência era inimaginável e quase impossível na era analógica; já que as expressões criativas do autor eram apenas divulgadas na forma como eram expressas. O formato de divulgação da produção autoral raramente era alterado ou manipulado, primeiro pelas dificuldades tecnológicas, escassas na altura, segundo pela exigência de pessoal com habilidades técnicas de alto nível; o que tornava elevado o custo de tais operações, bem como, inviáveis economicamente.

Uma vez fixadas como forma de expressão, a atividade intelectual do autor no mundo analógico usualmente era explorada nesta mesma forma tangível. Obviamente que o processo contínuo de criatividade que se inicia no momento da concepção da idéia até o momento da sua completa expressão autoral, implica em dispêndio de tempo e custo para o autor, que não raras as vezes acaba por desenvolver novos meios de explorar a sua criação intelectual, na tentativa de alcançar o público e divulgar a sua criação intelectual. O que implica em dizer criação de novas formas tangíveis de explorar economicamente a atividade intelectual criativa do autor, o que não vale dizer nova expressão criativa.

Pelo que o surgimento de novos mecanismos já não mais somente analógicos de fixação da criação intelectual do autor, possibilitou a este experimentar novas realidades concretas e/ou virtuais de divulgar a sua criação intelectual.

²⁶ Castells denominou essa sociedade revolucionada pela tecnologia de informação como uma sociedade em rede, pois redes são capazes de expandir de forma ilimitada integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, bem como se trata de um sistema aberto e altamente dinâmico por ser suscetível de inovação sem ameaça ao seu equilíbrio. Tendo em vista a interação e penetração da Revolução da Tecnologia da Informação em todos os planos da sociedade, as novas tecnologias causaram um grande impacto tanto no aspecto econômico, social, cultural e ambiental. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002.

Como é óbvio toda e qualquer informação seja esta criativa ou não, tem um custo. Assim é que, não é suficiente apenas determinar o valor de seu conteúdo, é mister, também, o cálculo de todas as etapas posteriores à sua criação, edição, distribuição, recuperação da informação; enfim de todos os processos pelos quais a informação poderá vir a ser transmitida pelas redes de telecomunicações.

Sem embargo, com o advento da *world wide web*, a informação adquiriu uma noção ainda mais dinâmica integrada ao processo informativo, no qual uma multiplicidade de pessoas pode, ao mesmo tempo, compartilhar uma reciprocidade de posições, ora como emissores ou receptores, ora como produtores ou utilizadores da informação.

É assim que o século XXI traz um novo paradigma tecnológico organizado a partir da informação, que gerada no meio tecnológico digital é suscetível de acesso. Diante deste quadro de importantes modificações conjunturais, a tecnologia da informação representou o agravamento do risco de esvaziamento da proteção autoral. O processo de reprodução da obra intelectual tornou-se extremamente fácil e eficiente, permitindo a geração de cópias equivalentes ao “original”.

Para além disso, a circulação das criações intelectuais passou a ser feita mais rapidamente e a custo insignificante, sem limitação de fronteiras e quase sem barreiras técnicas. Inegavelmente, a *world wide web*, trouxe novas repercussões: a chamada desmaterialização da obra intelectual e a incrível capacidade de disseminação da informação, da cultura e da informação. A criação intelectual, cuja utilização estava geralmente associada ao suporte material, como por exemplo, o meio magnético na obra audiovisual, passou a desvincular-se do modo de fixação ou até mesmo de expressão.

O que importa dizer que o tempo e o custo da atividade criativa intelectual do autor já não mais é representado pelo tempo e o custo da fixação desta criatividade como meio de expressão.

Nasce a era em que o utilizador da atividade criativa intelectual do autor passa de mero expectador a também divulgador da informação. A chamada era da sociedade informacional. Sociedade esta complexa, sistêmica e acima de tudo convergente.

Ou seja, sociedade em que cada indivíduo, em qualquer lugar do planeta, pode estar simultaneamente a acessar a mesma informação, que, por sua vez, pode estar sendo produzida naquele instante.

Assim é que Castells vem apontando que o termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade enquanto atributo duma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes vitais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico²⁷.

Não há como contestar, trata-se indubitavelmente dum novo paradigma tecnológico, social, cultural e comportamental estabelecido como marco para qualificar o modelo da sociedade. O conhecimento é a principal força de produção da sociedade e da necessária harmonia com o direito à liberdade da informação, considerando o papel decisivo do Estado Democrático de Direito na tutela do acesso à informação e do exercício da liberdade de pensamento e de expressão.

A informação é fundamental no aspecto econômico, tornando-se um autêntico bem de produção universal que Ascensão denomina instrumento-motor ou fator decisivo do fenômeno da globalização, proclamando que se trata de uma realidade dos dias atuais segundo a qual «quem domina a informação domina o mundo»²⁸.

Evidente é notar que a informação acompanha as mudanças derivadas das demandas e pressões da sociedade de massas e da economia de mercado em que o desenvolvimento das inovações tecnológicas especialmente da informática influi em diversos setores da organização social, política e econômica como um todo. Na era do acesso faz-se imperativo restabelecer o equilíbrio entre o âmbito cultural e o âmbito comercial²⁹.

Muitos como Pierre Lévy, apontam a digitalização como fundamento técnico da nova face do mundo virtual, tendo o ciberespaço como meio de comunicação que emana da interconexão mundial dos computadores cujo significado representa não somente a infra-estrutura material da comunicação digital, mas inclusive o universo de informações por ele compiladas e a multiplicidade das sociedades humanas com ele relacionadas³⁰.

²⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 64-65.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias**. Revista de Direito Autoral, São Paulo, ano 1, número 1, p.3-33, ago. 2004.

²⁹ ROVER, Aires J. e WINTER, Djônata. **A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual**. p.77-80 In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação. Curitiba: Juruá, 2003.

³⁰ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

É assim que o ambiente digital afigura-se na definição da cibercultura que se perfaz mediante um conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, atitudes, modos de pensamento e de valores que suscitam o crescimento desse ciberespaço, seja em razão da dinâmica libertária e comunitária da *world wide web* na configuração da interatividade, seja nas implicações culturais do desenvolvimento das tecnologias digitais de informação e de comunicação.

É por força da virtualização do conhecimento e das informações que se deve pautar a discussão sobre os aspectos jurídicos da *world wide web* e a aplicação do direito de autor no seu campo de abrangência. Inclusive sobre o controle de utilização das obras e a disponibilização das mesmas em rede.

Por conseguinte, os efeitos jurídicos da virtualização são identificados por meio das obras digitais que têm relação com a liberdade intelectual (enquanto prerrogativa individual do criador limitada constitucionalmente) em que se visualiza o confronto com os demais direitos fundamentais que serão mais à frente debatidos.

Assim, impõe-se averiguar o movimento de privatização da informação (ou apropriação privada da informação) em face do controle da mesma por agentes econômicos (indústria cultural e midiática) no mercado cultural que a transformam em mercadoria e reduz o cumprimento das experiências culturais (com a escassez dos recursos culturais), porquanto a informação é convertida em produto de consumo.

Ademais, cumpre investigar que a obra autoral, hoje já não mais apenas analógica, incorporando-se ao mundo virtual, frequentemente comporta usos que transcendem aos conceitos tradicionais do direito de autor³¹.

Forçosamente, por meio destas assertivas, cumpre referir que a modificação da tecnologia analógica para a digital repercutiu estruturalmente no direito de autor. Com o advento da *world wide web* a forma de exteriorização das obras passa a ser digitalizada³², permitindo que

³¹ POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006a. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, p. 135.

³² Entende-se pelo ato de digitalização aquele que compreende o processo de transformação duma imagem ou sinal analógico num código digital. Para Sawaya, digitalizar significa converter, «qualquer fonte de entrada continuamente variável, como as linhas de um desenho ou um sinal de som, em uma série de unidades discretas representadas (no computador) pelos dígitos binários». SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de Informática e Internet**. São Paulo: Nobel, 1999, 543 p. Entrada dos verbetes em inglês com tradução para português, p. 133. Não se pode entender que os atos de digitalização pressupõe transformação da obra, na verdade o processo de digitalização, envolve atos de conversão dos dados analógicos em digitais.

a compilação de diversas obras, ou mesmo a sua reprodução e divulgação sejam feitas de modo bem mais rápido do que aquele possível e alcançado pela tecnologia analógica.

Desta feita, o movimento geral de digitalização ocorre mediante a integração de todas as mídias, isto é, qualificando a «unimídia» em que as mídias separadas são unidas numa mesma rede digital integrada e interconectada.

Em suma, o essencial é elucidar a definição de ciberespaço como «espaço de comunicação aberto pela interconexão de computadores e das memórias de computadores»³³, considerando a sua marca distintiva na codificação digital da informação (digitalização geral da informação) com destaque para o seu papel de canal de comunicação do século XXI.

Não obstante as características do espaço virtual, tais como, a falta de territorialidade, a incidência de anonimato virtual, a natureza descentralizada da rede, o grande número de usuários, bem como a rapidez do desenvolvimento tecnológico existe de forma efetiva a possibilidade de gerenciamento, controle e segurança do bem jurídico autoral por meio da Gestão de Direitos Digitais (do inglês Digital Rights Management ou DRM) que se refere aos métodos de tutela do conteúdo produzido no formato digital.

Oportuno é ressaltar que neste caminhar cada vez mais se desenvolve a noção da degradação do saber como mercadoria em que o conhecimento transforma-se em bem apropriável e por isso objeto cada vez mais de direitos de exclusivo na esfera do direito intelectual no que seria reputado como uma mercantilização geral.

Importa, portanto dizer noutras palavras, que a concepção empresarialista do direito de autor ao revés de estimular à criação em si configura estímulo à comercialização em virtude da excessiva proteção aos direitos patrimoniais.

Destarte, na evolução dos direitos intelectuais a preocupação com a mercantilização do direito de autor em mercadoria evidencia sua qualificação como um subproduto do direito do comércio internacional. Assim, o fomento da cultura é entendido como o fomento das indústrias culturais. Aliás, esta é a queixa de Ascensão que ao revés defende a afirmação da sociedade da comunicação na qual tudo estaria ao alcance do utilizador no meio digital e em regime de interatividade.³⁴

³³ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 92.

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

De sorte que, constatada esta nova realidade posta, não se pode mais conceber uma tutela jurídica da expressão criativa do autor sem levar em conta a emancipação humana e a liberdade de acesso à informação que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da *world wide web*.

1.1.1 O fim das barreiras ao fluxo da informação

Inegavelmente não se pode estudar o surgimento desta nova sociedade informacional, sem equacionar o impacto concreto que esta trouxe na economia de produção, o que implica dizer em analisar o recrudescimento ou não da tutela jurídica conferida a estes bens juridicamente protegidos.

Por isso, oportuno é ponderar e questionar sobre uma provável relação entre a revolução dos meios de comunicação e o fim das barreiras ao fluxo da informação³⁵.

Frise-se, neste sentido que os avanços na tecnologia vêm criando diferentes métodos de reprodução, transmissão e fixação das obras tuteladas pelo direito de autor. Métodos estes, extremamente avançados, com altíssima qualidade de som e imagem, apresentando um tempo de resposta ao milésimo de segundo, com tamanhos cada vez mais reduzidos, permitindo transmissão e fixação mais sensível.

Aliás, esta mesma tecnologia tem sido tema central dos tribunais do mundo³⁶. Uma das características mais importantes destes novos arquivos digitais³⁷ é a capacidade que oferecem para fazer cópias de uma fonte original sem minimamente diminuir a sua qualidade.

³⁵ Neste sentido aponta Santiago «Nos umbrais do século XXI, a fantástica evolução a que assistimos conduz os criadores a uma relação ambígua com a tecnologia: por um lado ela facilita a criação e a divulgação das obras, utilizando processos mais rápidos e baratos, ignorando barreiras ou fronteiras, e permitindo a combinação de sons, textos, imagens fixas ou em movimento, dados, programas de computador e outros bens imateriais; por outro, ela constitui uma ameaça ao direito que tem o criador de dispor de sua obra, de controlar seu uso por terceiros, e de receber a remuneração a que tem direito em troca das autorizações que conceder.». SANTIAGO, Vanisa. **O direito de autor e o direito de remuneração**. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. pp. 101-105.

³⁶ Na Apelação Civil n.º 2007.036067-7, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que a reprodução e a utilização em ambiente corporativo interno de cópias de programas adquiridos legalmente, não violavam o direito de autor. Tendo a 3.ª Câmara de Direito Civil, por unanimidade, através do voto do Relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato, indeferido o pedido de indenização da Microsoft. Destaque-se que no fundamento do seu voto o Desembargador Relator ressaltou o regime de descompilação previsto na legislação de proteção dos programas de computador e enfatizou: «Registre-se, apenas a título de esclarecimento, que a mera reprodução de programa de computador regularmente adquirido, desde que para uso próprio ou para necessidades específicas do usuário, não caracteriza a prática de pirataria, a teor do art. 6º da Lei n.º 9.609/98.»

Os arquivos digitais abriram as portas para um novo mundo. As possibilidades de comunicação e distribuição são infinitas³⁸.

Evidente que tais possibilidades infinitas só se encontram hoje abertas, uma vez que a sociedade da informação encontra-se sustentada num modelo de desenvolvimento econômico no qual a informação é essencial na formulação do conhecimento e na satisfação das necessidades dos indivíduos. Necessidades estas sempre enfatizadas na atividade econômica, na circulação de riquezas, na definição da qualidade de vida das pessoas e de suas práticas culturais como síntese das alterações tecnológicas introduzidas na organização social, ou seja em suas leis e costumes, pelas quais a informação vincula o local e o global.

A globalização destaca-se, assim, como fator primordial no desenvolvimento das tecnologias digitais, pois que, junto com a necessidade da formação de blocos econômicos, surge a necessidade duma troca rápida e fidedigna de dados dentro desta sociedade global através das tecnologias da informação³⁹.

Daí é que a atual sociedade informacional utiliza as tecnologias da informação e da comunicação como instrumentos para o desenvolvimento da economia globalizada, onde a informação e o conhecimento constituem importantes fatores de riqueza a serem explorados através das «auto-estradas da informação»⁴⁰.

E, complementou: «Nesses termos, impossível manter-se a sentença condenatória de primeiro grau, posto que não ficou comprovada a utilização ilegal dos programas de computador manuseados pela empresa ré.» BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3.^a Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato. Apelação Civil n.º 2007.036067-7, 4/11/2008. Disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000A7520000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1201240&pdf=true>>, consulta aos 09.02.2009.

³⁷ Dentre muitos se destacam os seguintes formatos: mp3; mp4; dvx; etc.

³⁸ «But idea/expression never applied particularly well to non-textual media, such as music or graphic arts, where the <idea> is difficult, if not impossible, to separate from the expression. As technology shifts creativity toward new media that focus on <sampling>, <re-mixing>, or <mashing up> bits of film, text, music, and graphic arts, we can expect to see fewer instances where the idea/expression dichotomy can do much to insulate the use of <ideas> from infringement liability.» Ou seja: «Mas o termo idéia/expressão nunca foi tão particularmente bem aplicado no contexto não textual das mídias, tais como a música ou as artes gráficas, onde a <idéia> é difícil, senão impossível, separada da expressão. Como a tecnologia desolca-se em direção da criatividade nas novas mídias tais como <sampling>, <re-mixing>, ou <mashing up>. bits de filme, textos, músicas e artes gráficas, podemos esperar para ver diversas instâncias nas quais a dicotomia idéia/expressão pode fazer muito mais do que isolar o uso das <idéias> da responsabilidade de violação.» SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright**. Stanford Law School, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008.

³⁹ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1998. p.75.

⁴⁰ Oportuno faz-se registrar que esta expressão «auto-estradas da informação» fora conclamada mundialmente através do livro de Bill Gates, intitulado A estrada do futuro, muito embora tenha sido difundida inicialmente por Al Gore, ex-presidente dos Estados Unidos da América. GATES, Bill. **A estrada do futuro**. Trad. de Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.14. Da mesma forma, BERTRAND, André. **Las**

Segundo Bertrand, as auto-estradas da informação referem-se a todos os mecanismos, dispositivos e recursos que possibilitem a máxima convergência e interoperabilidade do sistema, propiciando uma verdadeira interação *on line* no tocar, sentir, ver e ouvir.⁴¹

Pondere-se, assim, que este enorme avanço tecnológico propiciou o desenvolvimento destas chamadas auto-estradas da informação, fomentando e multiplicando a interação e a partilha *on line* no tocar, sentir, ver e ouvir entre os utilizadores da *world wide web*. Tudo numa velocidade e qualidade nunca dantes experimentada⁴².

Obviamente que esta onda crescente de navegação na *world wide web*, decorre não só da melhoria na infra-estrutura física da rede, com a instalação de fibras óticas, alta velocidade dos servidores; mas também pela necessidade de ingressar neste mercado global da informação, conforme fora previsto por Bill Gates⁴³.

Sem embargo, como já se antecipou em linhas acima é imperioso compreender o que no mundo globalizado entende-se por informação e conhecimento. Isto é, investigar a que categoria de bens pertence estes dois produtos estruturados e desenvolvidos no ambiente da *world wide web*; especialmente porque criados em bases territoriais diversas, mas que alcançam indistintamente a comunidade virtual e global.

Não há dúvidas de que este novo meio de produção global e transnacional quebra paradigmas postos, desestrutura antigos meios de produção e acima de tudo impõe novas formas de relações estabelecidas nesta nova sociedade da informação.

Mas acima de tudo, é preciso reconhecer o conhecimento e a informação como elementos imprescindíveis de todo e qualquer modo de desenvolvimento⁴⁴. São eles fontes de produção

autopistas de la información y el derecho. Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, junho de 1995, p.11.

⁴¹ BERTRAND, André. **Las autopistas de la información y el derecho.** Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, junho de 1995, p.11.

⁴² Bill Gates critica esta expressão auto-estradas, pois, segundo ele, a metáfora da auto-estrada utilizada por Al Gore não é a mais adequada, pois o termo auto estrada sugere ainda que todos estão a conduzir um veículo seguindo na mesma direção. Mas para Gates a *world wide web*, assemelha-se mais a uma porção de estradas vicinais, onde todos podem olhar para o que bem entender ou fazer aquilo que seus interesses particulares determinarem. Mais ainda, enfatizou Gates, que o problema da expressão é ser ela uma metáfora da infra-estrutura do empreendimento e não de suas aplicações. GATES, Bill. **A estrada do futuro.** Trad. de Beth Vieira et al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.17.

⁴³ GATES, Bill. **A estrada do futuro.** op. cit., p.35. Vale registrar, como lembra Ascensão que globalmente esta temática da digitalização já fora enfrentada na década de 90 pela cúpula do grupo G7 em Nápoles. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Coimbra: Almedina, 2001, p.84.

⁴⁴ Assim aponta Castells, ao informar «que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação». CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da**

de riqueza, identificados como «bens econômicos primordiais», mas não enquadrados na categoria de bens materiais ou imateriais, mas sim «desterritorializados». Aliás, isto é o que arremata Lévy ao ponderar que «consumi-los não os destrói, e cedê-los não faz com que sejam perdidos».⁴⁵

Este modelo de circulação, defendido por Lévy, em boa e grande medida, não pode esquecer-se de equacionar a defesa ampla da liberdade de circulação e a tutela jurídica destes bens pelo direito de autor, que concreta e factualmente, configuram-se como bens imateriais juridicamente protegidos através de tutela específica.

Refira-se que a revolução dos meios de informação a despeito de configurar-se como silenciosa, erigida em laboratório em busca de inovação e aprimoramento das técnicas de comunicação, constitui um reflexo axiológico semelhante àquele alcançado por um golpe ou por uma reforma. O que implica dizer que também este processo revolucionário é construindo mediante uma grande alteração nas estruturas culturais; estratificando-se, desta sorte uma mudança nas instituições estatais tradicionais⁴⁶.

Fato é que as alterações comportamentais são inevitáveis como sequelas de tais períodos, rompendo a estrutura social anteriormente consolidada. Tal revolução tecnológica, mais precisamente, a revolução cibernética, com um simples teclar num computador, promove a quebra de barreiras físicas e geográficas sem a utilização da força do homem. Basta, o simples ato de tocar, sentir, ver, ouvir e interagir para invadir espaços; ou seja, meros comandos informáticos podem gerar paz e ao mesmo tempo ser utilizados para a prática dos mais diversos atos lícitos e ilícitos⁴⁷.

Nesta medida é que impõe ora considerar o trabalho produzido pela Comissão de Direitos da Propriedade Intelectual, que produziu um relatório minucioso informando que há países em desenvolvimento que se beneficiam com um conjunto de normas de proteção dos direitos de autor como é o caso, segundo este relatório das indústrias de software e cinema da Índia⁴⁸.

informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.35.

⁴⁵ Expressões utilizadas pelo autor. LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996. p.35-36.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** São Paulo: Malheiros, 1999, p.408.

⁴⁷ ALMEIDA FILHO, José. Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização judicial.** 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 16.

⁴⁸ COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. **Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights.** Report of the Commission on

No entanto, aponta este mesmo relatório que a maioria dos países em desenvolvimento, especialmente os menores, são grandes importadores de materiais cujos direitos autorais estão protegidos, logo, os principais beneficiários de tal proteção são os países desenvolvidos que detêm a titularidade do direito de autor sobre estes direitos imateriais. Portanto, para os países em desenvolvimento a manutenção do sistema de direitos autorais como um todo pode resultar em mais custos do que benefícios para eles⁴⁹.

Destacou, também, esta mesma Comissão, que em relação aos direitos de autor existem mecanismos flexibilizadores, previstos em tratados internacionais, que permitem a cópia especificamente para uso pessoal e educacional. Estes mecanismos são conhecidos de forma geral como cláusulas de «utilização justa» ou «comércio justo». No entanto, na maioria dos casos, não se comprovou que sejam adequados para atender às necessidades dos países em desenvolvimento, especialmente no campo da educação⁵⁰.

Claro está, que muito embora o acesso à informação seja limitado, dado a existência de normas protetoras dos conteúdos imateriais, a *world wide web* proporciona um meio incomparável de acesso a baixo custo ao conhecimento e às informações necessárias aos países em desenvolvimento. Por outro lado, a aplicação das normas protetoras do direito de autor à *world wide web* é problemática, pelo menos no modelo em que se encontra hoje estabelecido mundialmente, já que limitador do acesso.

Há de se equacionar ainda, que algumas formas de utilização, já reconhecidas como direitos históricos de *fair use* (utilização justa) podem vir a ser restringidos por formas de proteção tecnológica, como a criptografia, que restringem o acesso com rigor ainda maior do que as normas de proteção dos direitos de autor.

Ademais, pontue-se, que este cenário ilustrado é, claramente, fruto da complexidade social gerada pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação que passa a exigir soluções jurídicas para harmonizar a denominada sociedade da informação.

Intellectual Property Rights. Londres, set. 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm>, acesso em 12/04/2008.

⁴⁹ COMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. **Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights.** Report of the Commission on Intellectual Property Rights. Londres, set. 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm>, acesso em 12/04/2008.

⁵⁰ COMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. **Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights.** Report of the Commission on Intellectual Property Rights. Londres, set. 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm>, acesso em 12/04/2008.

Repita-se, esta sociedade caracteriza-se pelo elevado número de atividades produtivas que dependem da gestão de fluxos informacionais, aliado ao uso intenso das novas tecnologias de informação e comunicação. Mais ainda, não se pode esquecer, que o surgimento da sociedade da informação é consequência da explosão informacional, caracterizada, sobretudo pela aceleração dos processos de produção e de disseminação da informação e do conhecimento.

Vale dizer, produção e disseminação da informação e do conhecimento em todos os planos da sociedade. Ou seja, as novas tecnologias de informação, sejam elas de comunicação ou de conhecimento, causaram um grande impacto tanto no aspecto econômico, social, cultural e ambiental.

Convém referir destacadamente, que no plano econômico a controvérsia reside na automação da produção e os seus reflexos nas taxas de desemprego. E, já no plano social e cultural destacam-se as indagações para o estudo da exclusão digital, sem mencionar as mudanças comportamentais e modificações nas relações laborais daqueles que têm acesso a esta tecnologia, o que vem despertando o interesse de psicólogos. Enquanto no plano ambiental, a tensão entre a natureza e a sociedade informacional reside nos riscos de esgotamento e desperdício das fontes de energia não renováveis, mesmo na sociedade da informação em que a própria informação é a sua matéria prima e produto com menos gasto de energia se comparado aos produtos gerados pela sociedade industrial⁵¹.

Claro está, seguindo este raciocínio, que esta sociedade que nasce em consequência dos meios digitais baseia-se no acúmulo de novas informações e no avanço dos meios de comunicação, caracterizado pela aplicação desses conhecimentos para a geração de novos conhecimentos, num ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e o seu uso⁵².

Todavia, é no mínimo curioso apontar que a *world wide web* ao tempo em que facilitou o livre fluxo da informação a custos baixos e em grande velocidade, tendo como paradigma o livre acesso à informação, esqueceu de informar concretamente aos seus utilizadores que, no entanto, a maior parte da informação veiculada na rede digital está protegida pelo direito de autor.

⁵¹ WACHOWICZ, Marcos. **A Revolução Tecnológica da Informação. Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais.** In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ (Org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.* Curitiba: Juruá, 2006, p. 39-83.

⁵² Idem.

Portanto, ante tal panorama, torna-se necessário repensar o direito à informação e as suas formas de proteção⁵³.

Na verdade, o que se vem enfrentando com a revolução dos meios de comunicação e o consequente fim das barreiras ao fluxo da informação leva-se à conclusão indiscutível de necessidade de adaptação do direito de autor a esta nova realidade social que ao mesmo tempo é global e virtual. Impondo-se, portanto, uma análise bifronte que modifique estes dois paradigmas contraditórios – liberdade e proteção – para um campo de complementaridade⁵⁴.

1.1.2 O controle do fluxo da informação

Resta por ora saber, depois de verificada a relação direta entre a revolução⁵⁵ das tecnologias sejam elas de comunicação ou de conhecimento, estudar quais os limites das barreiras ao fluxo da informação. Mais ainda, investigar se a regulação das comunicações em rede é medida adequada para o controle do fluxo da informação, em especial, daquela protegida pelo direito de autor.

Denote-se, paralelamente à este fato, o surgimento de uma tendência na comunidade internacional de tornar mais taxativa a lista de exceções aos direitos de autor, portanto, enrijecendo ainda mais a sua proteção. O que na verdade, apresenta-se na contramão do desenvolvimento da sociedade em rede, cujo escopo funda-se num maior acesso à informação.

Na verdade, esta tendência surgiu, muito, em decorrência da evolução duma rede que tinha a pretensão de viabilizar acesso livre e compartilhar as obras derivadas do espírito humano.

⁵³ AVANCINI, Helenara Braga. **O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais**. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e Informática*. SP: Manole, 2003, p. 355-381

⁵⁴ Lévy, chegou a apontar que a internet «é a descoberta da liberdade do ponto de vista social». LÉVY, Pierre. **Em entrevista a Roda Viva**. Disponível em <<http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/47/>>, acesso em 12.12.2001. Vd. também LÉVY, Pierre. **As tecnologias da Inteligência – O futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2004.

⁵⁵ Como já estudado, em boa medida a maioria dos comportamentos sociais foram alterados pela evolução e revolução das tecnologias de informação. Por isso, é que se impõe esclarecer que «revolução» e «evolução» são conceitos que se complementam, mas que não se confundem. Assim, segue-se bem de perto a lição de GOULD, bem como da maior parte dos historiadores da ciência das tecnologias, quando informam que a história da vida é uma série de situações estáveis, pontuadas por raros períodos de eventos importantes que ocorrem com grande rapidez e ajudam a estabelecer a estabilidade da próxima era. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 33.

Aliás, é assim que Lessig⁵⁶ defende o livre acesso à informação na rede, expurgando qualquer mecanismo de cerceamento, especialmente aquele que impõe o benefício de alguns interesses econômicos.

Some-se a isso a percepção assustadora desta nova realidade para os criadores intelectuais e em especial para os titulares de faculdades patrimoniais do direito de autor; sobretudo porque uma grande quantidade de obras passou a circular e a ser reproduzida pelos utilizadores na rede.

De sorte que, surge uma pergunta, para a qual a resposta está ainda hoje longe de ser encontrada, como controlar a reprodução, a circulação e a transformação de objetos digitais que contem criações intelectuais?

É nesta corrente de fatos que os titulares de direitos de autor reagiram fortemente a esta visão de liberdade em rede, adotando inúmeros meios rigorosos de controle da utilização dos recursos de informação na *world wide web*; bem como, restringindo os usos tradicionalmente lícitos.

Foi assim, portanto, que surgiram sistemas de proteção no ambiente digital contra o acesso, a cópia e o uso não autorizados⁵⁷; acoplando-se esta tecnologia a recursos técnicos de cobrança da remuneração devida no ambiente digital, com o objetivo de controlar e medir a utilização

⁵⁶ Cf. LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

⁵⁷ Como o SCMS (Serial Copy Management System), sistema que permite a cópia digital de mídias, mas controlando-as, já que requer ao utilizador que indique o número de cópias que irá realizar. COOPER, Alan J. **The significance of the Serial Copy Management System (SCMS) in the forensic analysis of digital audio recordings**. International Journal of Speech Language and the Law, v. 12, nº 1, 2005. Vd. a decisão da Corte de Apelação dos Estados Unidos na ação promovida pela RIAA que pretendia ver proibida a circulação deste dispositivo de cópia. Todavia, o Tribunal julgou favoravelmente a Diamond entendendo que o dispositivo não realizava cópias de transmissão, mas mera cópia do disco rígido ao computador; não se configurando assim como um dispositivo digital de gravação de mídia. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, **Defendant-Appelle n.º 98-56727, 15.06.1999. RIAA (Recording Industry Association of America) v. Diamond Multimedia Systems INC.**, in 180 Federal Reporter, 3d Series, p. 1072-1081. Outra tecnologia similar é aquela utilizada pelo Tamper-resistant Electronic Envelope que consiste num processo que não autoriza o acesso a determinadas ações nos dispositivos de reprodução, para a proteção do dispositivo que se pretende copiar. Vd. WAKSMAN, Adam e SETHUMADHAVAN, Simha. **Tamper Evident Microprocessors**. Columbia University, Department of Computer Science, Disponível em <http://www.cs.columbia.edu/~simha/cal/pubs/pdfs/TEMP_Oakland10.pdf>, acesso em 29.09.2013. Já o Content Scramble System utiliza um sistema de criptografia para impedir a cópia dos dispositivos de mídia. Para além disso, frise-se que os dispositivos de mídia, em especial o DVD integra um código de região, indicando em qual região do globo, determinado dispositivo de mídia pode ser reproduzido. Assim, como cada mecanismo de reprodução, denominado de *player*, reconhece a região em que foi vendido, se a região do DVD, não for idêntica à do player, não será possível a reprodução dos dados. Vd. STEVENSON, Frank A. **Cryptanalysis of Content Scrambling System**. 08.11.1999, at. 13.11.1999. Disponível em <<http://www.cs.cmu.edu/~dst/DeCSS/FrankStevenson/analysis.html>>, acesso em 29.09.2013.

do conteúdo e relacionar o usuário com o titular do direito de autor. A aplicação mais conhecida desta tecnologia é o DRM⁵⁸, conhecida como sistema de gestão digital de direitos, que recentemente chegou a suportes de massa, como os dispositivos multimídia⁵⁹.

Todavia, como é óbvio, qualquer solução completa, contudo, exigia a implementação de disposições legais destinadas a assegurar a integridade e a eficiência dos mecanismos tecnológicos de proteção dos titulares de gestão dos direitos autorais. Assim, os arts. 11 e 12 do Tratado sobre Direito de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 20 de dezembro de 1996 e os arts. 18 e 19 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas da mesma data⁶⁰, introduziram normas destinadas a coibir a prática de ações neutralizadoras dessas medidas tecnológicas e a estabelecer sanções eficazes contra essas ações, de forma a reprimir o ilícito sob todas as formas.

No Brasil, não fora diferente, o legislador de 98 transpôs para a nova Lei Autoral normas equivalentes, dispondo no art. 107 que, além da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos quem alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos ou qualquer informação sobre a gestão de direitos, aplicando-se essas normas a quem distribuir, importar ou de outra forma colocar à disposição do público as obras dessa maneira neutralizadas.

Em bem verdade, a despeito do reconhecimento de que a tutela dos bens intelectuais pode vir a obstaculizar o acesso ao conhecimento, tal manifestação não fez com que cessassem as

⁵⁸ DRM, sigla em inglês que identifica os «Digital Rights Management Systems», ou seja, a «Gestão de Direitos Digitais» que consiste na utilização de mecanismos tecnológicos de proteção que restringem a utilização dos conteúdos protegidos pelo direito de autor, visando impedir a difusão de eventuais cópias de conteúdos digitais. Sobre os DRM, os direitos de autor e os usos legítimos da informação vd. SIMÓN, L. Fernando Ramos. **DRM: Protección versus accesibilidad de la información digital**. Hipertext.net, n.º 2, 2004. Disponível em <<http://www.hipertext.net> <http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-2/drm.html>>, consulta aos 29.09.2013. Destaque-se o entendimento de Riis e Schovsbo, para quem as leis de direito de autor devem ampliar até o limite possível a garantia da autonomia individual do utilizador de bens protegidos, não interferindo na esfera privada do indivíduo. Cf. RIIS, Thomas, SCHOVSBO, Jens. **Users' Rights: Reconstructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds**. p. 1-5. in European Intellectual Property Review. vol. 29, issue 1, Jan. 2007, p. 3.

⁵⁹ A exemplos dos CD's e DVD's.

⁶⁰ Estes dois Tratados internacionais ficaram conhecidos por integrarem a denominada «Agenda Digital». ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comitê Permanente para a Cooperação e Desenvolvimento relacionado com a Propriedade Intelectual. **The Digital Agenda: Implementation of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the Wipo Performances and Phonograms Treaty (WPPT)**. 3.ª Seção, Genebra, Outubro, 28.11.2002. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEUQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fdocs%2Fdocs%2Fdocs%2Fen%2Fpcipd_3%2Fpcipd_3_9-main1.doc&ei=2EhIUoLQLI6a9QSNvoHoCQ&usg=AFQjCNGN7buxhqQJDdFQSkBv4qryDqrjg&bvm=bv.53217764,d.eWU>, consulta aos 20.05.2008.

intenções bilaterais de criação de novos mecanismos para maior enrijecimento do direito intelectual do que os contidos no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio⁶¹.

Aponte-se que tais intenções bilaterais são denominadas “TRIPS-plus” pois representam políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que acarretam compromissos e ultrapassam os patamares mínimos exigidos pelo acordo mencionado, restringindo ou anulando sua flexibilidade e “TRIPS-extra” porque disciplinam temas não enfrentados pelo Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio⁶².

Frise-se, ainda, que muitos destes acordos, disfarçados de certas benevolências, porque, em tese, os países em desenvolvimento podem obter concessões adicionais e benefícios durante as negociações, revelam-se instrumentos coercitivos, politicamente desestabilizadores, inapropriados às necessidades de desenvolvimento sustentável e ao acesso à tecnologia. Mais ainda, limitam o uso das flexibilidades e exceções contidas no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, pois cada novo acordo não implica revogação do anterior e pode estabelecer padrões mais elevados de proteção⁶³.

Segundo Basso⁶⁴, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio é um tratado-contrato, implicando ao país signatário um comprometimento em promulgar ou alterar as leis de forma a internalizar os padrões mínimos constantes no Acordo. No entanto, nada impede que a legislação nacional adote normas mais protetoras às normas protetoras do direito intelectual ou novas modalidades de direitos sobre plantas, recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais.

Note-se que de acordo com Pugatch⁶⁵, a implementação das disposições TRIPS-plus mediante a utilização de mecanismos, como os Acordos Regionais do Comércio entre países desenvolvidos e Estados Unidos⁶⁶ - União Européia e ferramentas de relações comerciais da

⁶¹ Tratado internacional que é conhecido pela sigla ADPIC, ou na sigla inglesa TRIPs. Sobre a criação de normas mais rigorosas sobre o controle da circulação e dos usos das criações intelectuais vd. BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na Era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁶² Idem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁶⁵ PUGATCH, Meir Perez. **Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access**, 16 out. 2004. Disponível em: <<http://www.iprsonline.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

⁶⁶ São 20 os Acordos de Livre Comércio (FTA'S – Free Trade Agreements) celebrados com os Estados Unidos da América. O texto destes acordos podem ser consultados na página oficial do Gabinete de Representação Norte Americano do Comércio, disponível em <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>.

Representação Norte Americana do Comércio, são todos instrumentos repressivos para que os países em desenvolvimento promulguem legislações concedendo maior proteção aos direitos de autor⁶⁷.

Quanto aos Acordos Regionais do Comércio, Pugatch⁶⁸ afirma que em grande parte a agenda de imposição, por meio de FTA's e RTA's, ocorreram devido a lacuna do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio no tocante à regulamentação da propriedade intelectual no ambiente digital, pois dá ampla liberdade para os países regularem da forma mais adequada aos seus interesses o conceito e a abrangência da tutela dos dados de prova.

De toda a sorte deve-se somar a tal fato o interesse dos Estados Unidos que ao adotar o Digital Millennium Copyright Act proíbe o não-cumprimento dessa proteção tecnológica, mesmo que a finalidade do não-cumprimento não viole as leis de direitos de autor⁶⁹.

Já a União Européia, na Diretiva de Proteção das Bases de Dados, introduziu uma forma especial de proteção aos bancos de dados, que recompensa o investimento na criação destes bancos e pode restringir o acesso aos dados por cientistas ou terceiros, inclusive nos países em desenvolvimento.

Destarte, tais acordos foram pautados de forma a adequarem-se mais facilmente às legislações internas dos países que os adotam.

⁶⁷ A exemplo das recomendações inseridas nos relatórios construídos sobre o comando do que dispõe a seção 301 do Trade Act de 1974. Esta seção 301 do Trade Act de 1974, revisto em 14.12.2012, autoriza os Estados Unidos adotarem medidas contra os atos, políticas e práticas dos Estados estrangeiros. O mais recente relatório de investigação identificou que a Ucrânia negou-se a aplicar medidas adequadas e efetivas para a proteção dos direitos intelectuais, inclusive apontando que este Estado havia praticado atos que violavam o acordo de livre comércio, restringindo e prejudicando o comércio norte americano, conforme as disposições da letra b, da seção 301, do Trade Act de 1974. ESTADOS UNIDOS. **Trade Act de 1974. Alterada pela PL 112-208, promulgada em 14.12.2004.** Disponível em <<http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>>. O relatório produzido informando os atos de violação da Ucrânia ao Acordo de Livre Comércio; vd. GABINETE DE REPRESENTAÇÃO NORTE AMERICANO DO COMÉRCIO. **Identification of Ukraine as a Priority Foreign Country and Initiation of Investigation.** Disponível em <<http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0023-0001>>, acesso aos 03.10.2013.

⁶⁸ PUGATCH, Meir Perez. **Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access**, 16 out. 2004. Disponível em: <<http://www.iprsonline.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

⁶⁹ Já a União Européia, na Diretiva de Proteção das Bases de Dados, introduziu uma forma especial de proteção aos bancos de dados, que recompensa o investimento na criação destes bancos e pode restringir o acesso aos dados por cientistas ou terceiros, inclusive nos países em desenvolvimento. Todavia, prevê esta Diretiva no seu dispositivo 6.º exceções a alguns atos sujeitos a restrição, como por exemplo a reprodução para fins particulares de uma base de dados não eletrônica, sendo esta mesma exceção transcrita, no art. 9.º, que cuida das exceções ao regime suis generis de proteção das bases de dados, regime este que protege o conteúdo das bases de dados, proibindo os atos de extração ou reutilização do conteúdo. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:077:0020:0028:PT:PDF>>.

Pondere-se, ademais, que a tentativa dos Estados Unidos de, por meio dos FTAs, trazerem os países em desenvolvimento para os seus mesmos padrões domésticos, ou até para níveis mais restritos que os seus internamente, já se encontrava na agenda da Trade Promotion Authority⁷⁰.

Frise-se, ainda que outro elemento a ser levado em consideração consiste na dificuldade dos referidos países imporem, no âmbito multilateral, medidas que ampliam ainda mais os níveis de proteção do direito intelectual, do que os contidos no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, especialmente após a Declaração de Doha. Somado à posição do Conselho para o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio de manter-se atento aos problemas e necessidades concernentes ao acesso ao conhecimento dos países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento. Assim, este Conselho, promete por de lado as discussões sobre a implementação de padrões mais rígidos de tutela dos direitos intelectuais, em face da promoção do acesso ao conhecimento para os países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento.

Convém acentuar que o objetivo de utilizar como instrumento o novo bilateralismo/regionalismo ao invés das negociações multilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual está baseado em três premissas. A primeira configurada no fórum *shifting*, que objetiva fixar novos padrões de proteção aos bens intelectuais sem enfrentar as restrições e regulamentações da Organização Mundial do Comércio, em razão de possuírem seus próprios sistemas de solução de controvérsias. A segunda fulcrada em coordenar as estratégias bilaterais e regionais, visando a não violação dos acordos já celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, para evitar disputas no Órgão de Solução de

⁷⁰ Autoridade do Congresso norte americano que autoriza o Presidente a celebrar determinados acordos comerciais recíprocos. Esta autoridade cuidava em mediar as decisões do governo norte americano sobre a adoção de determinados Acordos de Livre Comércio; negociados, explicitamente, com o objetivo de em matéria de direito intelectual refletir os padrões de proteção similares àqueles contidos na legislação norte americana. Em 2007, este instrumento expirou, mas recentemente em 30.07.2013 o Presidente dos Estados Unidos da América, conclamou a necessidade de renovação desta Autoridade à luz de quatro acordos que atualmente estão a ser negociados: a Rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio (OMC); Acordo de Negociação Trans-Pacífico (TPP - Trans-Pacific Partnership); o Acordo Transatlântico para Investimentos em Parceria (TTIP - Transatlantic Trade and Investment Partnership) e, o Acordo de Negociação de Serviços (TISA - Trade in Services Agreement). Hornbeck e Cooper em estudo breve, apresenta o históricos, elementos e objetivos da Autoridade para a promoção do Comércio (TPA – Trade Promotion Authority). Vd. HORNBECK, J. F. e COOPER, William. **Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy**. Report for Congress, Congressional Research Service. Disponível em <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>>, acesso aos 02.05.2013.

Controvérsias. E a terceira calcada em manter nos acordos o princípio dos *minimum standards*, no qual cada novo acordo não implica na revogação do anterior, podendo estabelecer padrões mais elevados, ou seja, *better standards*⁷¹.

Por seu turno, muito contrariamente às expectativas daqueles que acreditavam no triunfo do multilateralismo com o surgimento da Organização Mundial do Comércio e com o término do bilateralismo e com as represálias impingidas por meio da seção 301 do Trade Act de 1974⁷², o Congresso dos Estados Unidos, ao ratificar os resultados da Rodada do Uruguai, deixou claro que a adesão a tais acordos não limitava o exercício das atribuições da referida lei de aplicar suas sanções contra os «transgressores» dos direitos de cidadãos norte-americanos.

Mas foi a partir de 2000 que a Representação Norte Americana do Comércio tornou público o relatório sobre a «Special 301», no qual divulgou que mais de 70 países têm revisado as suas leis de direito intelectual, com vistas a evitar sanções comerciais da Seção 301 do Trade Act. Este relatório anual classifica os países em diversas categorias, o que pode ser um aviso para a suspensão de benefícios, novas consultas, aplicação de sanções comerciais ou até mesmo a submissão do caso a Organização Mundial do Comércio. Desta forma, os países em desenvolvimento podem simplesmente decidir adotar padrões TRIPS-plus para evitar as sanções da Special 301⁷³.

O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio no seu art. 12 prevê a proteção do direito de autor pelo prazo de cinquenta anos após a morte do autor⁷⁴. Já os acordos de livre comércio propostos pelos Estados Unidos da

⁷¹ Cf. BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na Era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷² A seção 301 do Trade Act de 1974 autoriza o presidente dos Estados Unidos a adotar medida apropriada, incluindo a retaliação, para obter a remoção de ato, política ou prática de governo estrangeiro que esteja violando um acordo internacional de comércio ou ainda que injustificada, não razoável ou discriminatoriamente, restrinja o comércio norte-americano. ESTADOS UNIDOS. **Trade Act de 1974. Alterada pela PL 112-208, promulgada em 14.12.2004**. Disponível em <<http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>>.

⁷³ Cf. BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na Era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷⁴ Vd. o Art. 12 do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio que leciona: «Quando a duração da proteção de uma obra, que não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subsequentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio**. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>.

América todos, com exceção dos assinados por Jordânia e Vietnã⁷⁵, prevêm a proteção pelo prazo de setenta anos após a morte do autor⁷⁶.

Muito embora tais acordos sejam celebrados ou negociados com países que possuem interesses, culturas, realidades econômicas, industriais e sociais totalmente distintos cumpre frisar que, na grande maioria deles, não são levadas em conta tais assimetrias.

Como visto, na verdade o interesse preponderante consiste em impor padrões iguais ou superiores de proteção ao direito intelectual do que os contidos na legislação norte americana; desta forma, verificando-se nos referidos acordos as diferenças existentes quanto a tutela dos direitos de autor são sutis, em grande parte deve-se à habilidade de negociação de cada país de defender os seus interesses⁷⁷.

⁷⁵ Tecnicamente, o acordo bilateral dos Estados Unidos da América com o Vietnã não é um acordo de livre comércio, mas um acordo bilateral que estabelece normas relativas ao comércio, de acordo com a lei norte-americana. Foi incluído neste trabalho a título de comparação. ESTADOS UNIDOS. **Free Trade Agreements**. Disponível em <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>. O acordo bilateral dos Estados Unidos com o Vietnã pode ser consultado em <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/2013%20NTE%20Vietnam%20Final.pdf>>.

⁷⁶ Conforme trecho que se transcreve do Acordo EU-CAFTA, in verbis: «15.5. 4. Each Party shall provide that, where the term of protection of a work (including a photographic work), performance, or phonogram is to be calculated: (a) on the basis of the life of a natural person, the term shall be not less than the life of the author and 70 years after the author's death; and (b) on a basis other than the life of a natural person, the term shall be: (i) not less than 70 years from the end of the calendar year of the first authorized publication of the work, performance, or phonogram, or (ii) failing such authorized publication within 50 years from the creation of the work, performance, or phonogram, not less than 70 years from the end of the calendar year of the creation of the work, performance, or phonogram.» EUROPA. Comissão Européia. **Agreement Establishing an association between Central America, on the one hand, and the European Union and its Member States**. Disponível em <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=689>>.

⁷⁷ Refira-se que o Digital Millennium Copyright Act de 1998, na legislação norte-americana, já aumentou os padrões ao proibir a cópia não autorizada do conteúdo digital. Estendendo este mesmo padrão de proteção nos acordos de livre comércio que celebra com outros Estados. A exemplo da previsão no Acordo de Livre Comércio entre os Estados Unidos da América e o Chile, que prevê sanções civis e criminais para os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção. Vd. o dispositivo «17.7. 5. In order to provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors, performers, and producers of phonograms in connection with the exercise of their rights and that restrict unauthorized acts in respect of their works, performances, and phonograms, protected by copyright and related rights: (a) each Party shall provide that any person who knowingly circumvents without authorization of the right holder or law consistent with this Agreement any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram shall be civilly liable and, in appropriate circumstances, shall be criminally liable, or said conduct shall be considered an aggravating circumstance of another offense. No Party is required to impose civil or criminal liability for a person who circumvents any effective technological measure that protects any of the exclusive rights of copyright or related rights in a protected work, but does not control access to such work. (b) each Party shall also provide administrative or civil measures, and, where the conduct is willful and for prohibited commercial purposes, criminal measures with regard to the manufacture, import, distribution, sale, or rental of devices, products, or components or the provision of services which: (i) are promoted, advertised, or marketed for the purpose of circumvention of any effective technological measure, or (ii) do not have a commercially significant purpose or use other than to circumvent any effective technological measure, or (iii) are primarily designed, produced, adapted, or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of any effective technological measures.» ESTADOS UNIDOS. **Free Trade Agreement Chile**. Em vigor aos 01.2004. Disponível em <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text>>.

Conforme se tem destacado, os dispositivos do Digital Millennium Copyright Act contidos nos acordos de livre comércio, afirmam-se como normas gerais proibitivas de atos de elisão das «medidas efetivas de caráter tecnológico» para controle de acesso às obras autorais; normas gerais proibindo a fabricação, importação, venda, oferta ou comercialização ilegal de aparelhos e dispositivos desenvolvidos com a finalidade de elidir «medidas efetivas de caráter tecnológico» que controlam o acesso ou a reprodução das obras autorais⁷⁸.

E, assim, compreendem-se como «válvulas de escape» permitindo a revisão dos dispositivos do Digital Millennium Copyright Act e a criação de exceções adicionais e limitadas no tempo. Ou seja, configurando-se como outros exemplos de normas proibitivas em relação a algumas organizações sem fins lucrativos, agências governamentais, técnicas relacionadas à engenharia reversa, criptografia, coleta de informações pessoais e realização de testes de segurança.

Ademais, uma das referidas medidas, presente em quase todos os Acordos de Livre Comércio, consiste na obrigação contra a evasão das denominadas medidas tecnológicas de proteção - que são nada mais nada menos que equipamentos ou softwares desenvolvidos e utilizados para proibir a cópia não autorizada de obras no ambiente digital, por exemplo, de acordo com tal disposição é ilegal neutralizar uma tecnologia produzida para prevenir a cópia do conteúdo de uma mídia qualquer, independentemente se a sua finalidade é um *fair use*, encontrando-se assim dentro dos limites dos usos autorizados, previstos na lei.

Claro está desta forma, que as disposições dos Acordos de Livre Comércio enfatizam o aumento da proteção, controle e efetiva inclusão de medidas tecnológicas para garantir que a cópia seja eliminada do ambiente digital antes mesmo que ela surja.

Por seu turno, os referidos acordos dispõem que é também responsabilidade dos provedores de internet quando o conteúdo protegido pelo direito de autor é distribuído por meio de seus servidores e redes, bloquear este conteúdo protegido após a notificação pelo titular do direito de autor. Disposições desta natureza encontram-se fundadas nos padrões do Digital Millennium Copyright Act.

⁷⁸ CHRISTIE, Andrew; WALLER, Sophie; WEATHERALL, Kimberlee. **Exportando os Dispositivos da “US DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT” por meio de Acordos de Livre Comércio.** In: POLIDO, Fabrício; RODRIGUES JR, Edson Beas (Org.) *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro; Elsevier, 2007, p. 191.

Ademais, ressalte-se que em relação à infração dos direitos de autor em sua maioria os acordos bilaterais, exceto o firmado com o Vietnã, impõem o ônus da prova em demonstrar que a obra copiada está em domínio público ao réu. Trata-se de disposição TRIPS-extra pois inexistente qualquer obrigação neste sentido no referido acordo. Desta forma, os Acordos de Livre Comércio fortalecem a posição dos titulares de direitos de autor, pois se presume, *prima facie*, que a obra copiada é protegida impondo-se a comprovação de que está em domínio público para o réu⁷⁹.

Destaque-se, também uma outra medida prevista nos Acordos de Livre Comércio que traça uma significativa distinção entre autorização e proibição de disponibilização de obras no ambiente digital, pois acrescenta uma exclusividade para o titular de proibir a disponibilização de sua criação em qualquer meio ou forma, seja permanente ou temporária, incluindo armazenagem digital⁸⁰.

Medida desta natureza apresenta-se com inúmeras repercussões, inclusive limitadoras do acesso corriqueiro à informação na *world wide web*. Por exemplo, na simples utilização da ferramenta do Google que ao fazer a pesquisa em linha, permite que os seus computadores procedam ao caching: ou seja, fazem o download e armazenam o material contido na rede para que, na próxima ação de pesquisa, o conteúdo seja mais fácil e rapidamente localizado.

Refira-se, ainda, neste sentido, que o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual não possui permissão expressa para a importação paralela das obras protegidas pelo direito de autor. No entanto, alguns países como a Nova Zelândia não conferem ao titular dos direitos de autor a faculdade de serem novamente recompensados, em face da importação de obras, já anteriormente compensados⁸¹. Desta sorte que, a existência da importação paralela

⁷⁹ FINK, Carsten; REICHENMILLER, Patrick. **Tightening TRIPS: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements**. 07 fev. 2005. Disponível no site: <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/WBI-Training/288464-1119888387789/trade_note_Feb7_05.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2007.

⁸⁰ MALKAWI, Bashar H. **The Intellectual Property Provisions of the United States-Jordan Free Trade Agreement: Template or Not Template**. *Jornal of World Intellectual Property*. v. 9 (2) 2006. p. 213-229. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1422-2213.2006.00275.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

⁸¹ O Copyright Act da Novazelandia, de 1994, alterado em 1998, confere ao titular do direito de autor a faculdade de exercer o exclusivo, emitindo cópias da sua obra ao público; ou seja, na sua seção 16 (1) (b), garante o direito de distribuição, ao titular do direito de autor. Todavia, esta faculdade de distribuição, encontra exceções, dispostas expressamente na seção 9, do mesmo diploma legal, que define o ato de distribuição de cópias ao público, como a colocação em circulação de cópias, que ainda não foram dispostas à circulação. Ressalte-se, todavia que nesta mesma seção 9, na alínea d, do seu n.º 1, a proibição da importação paralela foi removida. Vd. NOVA ZELÂNDIA. **Copyright (Removal of Prohibition on Parallel Importing) Amendment Act 1998**. 20.05.1998. Disponível em <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1998/0020/latest/DLM426040.html?search=ts_all%40act_Copyright_

nas legislações nacionais destes países permitem que outros importem uma obra de onde ele esteja sendo comercializado ao menor preço. Mas, ao contrário, países como Jordânia e Marrocos nos acordos bilaterais que assinaram com os Estados Unidos da América conferem o direito aos titulares dos direitos de autor de bloquear a utilização da importação paralela⁸².

Por conseguinte, um impacto inevitável da proteção mais rígida e da fiscalização mais intensa, como requer os países proponentes de acordos de livre comércio, será a redução do acesso a bens culturais tutelados pelo direito de autor, também nos países em desenvolvimento.

Refira-se, assim, que a adoção destas medidas, impõem consequências potencialmente prejudiciais aos mais pobres. Resultado, inevitável da alteração do sistema de proteção de direito intelectual que permitia livre circulação e acesso às criações tuteladas, e agora limita a circulação e o acesso ao mesmo. Ou seja, o que era público, agora é privado, com cotação e venda no mercado⁸³.

Assim, verifica-se que a expansão da proteção do direito de autor é sintomática desta harmonização profunda que o direito intelectual está experimentando em decorrência do crescente número de tratados de livre comércio.

norel&p=1&sr=1>. Entretanto, nova emenda, ao Copright Act neozelandês, em 2013, reintroduziu a proibição parcial da importação paralela de filmes, mediante a alteração do seu art. 35, estabelecendo a ilegalidade do ato de importação para a Noza Zelândia, exceto para o uso privado e doméstico, cópias de filme, que circula em qualquer suporte físico (VHS , VCDs , DVDs e Blue- ray) por um período de nove meses a contar da data em que o filme é distribuído ao público pela primeira vez, seja na Nova Zelândia ou em outro lugar. De sorte que, o utilizador da obra poderá importar uma cópia legítima de um filme em Nova Zelândia para o seu próprio uso privado e doméstico, estando proibido ao utilizar, realizar o mesmo ato de importação, para uso comercial , como o aluguel ou venda, durante o período da proibição. Esta proibição encontra-se em vigor até 31.10.2013; data em que, sendo aprovada nova emenda ao Copyright Act de 1998, da Nova Zelândia, o período de proibição, será reduzido para 5 meses; proibição esta que deverá vigorar durante 3 anos. NOVA ZELÂNDIA. **Copyright (Parallel Importation of Films and Onus of Proof) Amendment Act 2003**. 30.10.2003. Disponível em <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0111/latest/DLM220350.html?search=ts_all%40act_Copyright_norel&p=1&sr=1>. Para uma visão particular do caso neozelandês sobre a proibição da importação paralela, vd. SKOKO, Hazbo. **Theory and Practice of Parallel Imports: the New Zealand case**. Disponível em <<http://athene.riv.csu.edu.au/~hskoko/parallel%20imports/pimppaper.pdf>>, consulta aos 06.10.2013.

⁸² No Acordo de Livre Comércio celebrado com Marrocos esta previsão encontra-se no n.º 2, do art. 15.5, in verbis: «Each Party shall provide to authors, performers, and producers of phonograms the right to authorize or prohibit the importation into that Party's territory of copies of the work, performance, or phonogram that are made without authorization, or made outside that Party's territory with the authorization of the author, performer, or producer of the phonogram.» ESTADOS UNIDOS. **Free Trade Agreement Marrocos**. Em vigor aos 01.01.2006. Disponível em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/morocco/asset_upload_file797_3849.pdf>. De modo não tão claro o Acordo de Livre Comércio celebrado com a Jordânia, em linhas gerais disciplina sobre a importação, no seu dispositivo 4, do Memorando de Entendimento sobre as questões envolvendo o direito de autor: «Jordan shall take all steps necessary to ensure that where "use" is defined in certain measures as importation in "large quantities at reasonable prices," such conditions on importation shall be deleted». ESTADOS UNIDOS. **Free Trade Agreement Jordan**. Em vigor aos 01.01.2010. Disponível em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/jordan/asset_upload_file120_8462.pdf>.

⁸³ Cf. CARRARO, André. **Propriedade Intelectual e a Teoria dos Jogos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

Nesta senda, é que o Digital Millennium Copyright Act fora fortemente criticado, já que cria novos direitos, dificultando o acesso ao conteúdo das obras protegidas. Mais ainda, em face da constituição de acordos livres de comércio, fundados no mesmo.

De mais a mais, não restam dúvidas que a análise mais cuidada a respeito do sistema jurídico de enquadramento das medidas tecnológicas de proteção, permite antever violações, estabelecidas pela própria lei, aos usos legítimos autorizados. A exemplo, pode-se apontar as ações de backup de um programa de computador, e de cópia de pequenos trechos de um filme para propósitos educacionais ou de crítica. Acrescente-se, também, neste sentido, a utilização destas medidas tecnológicas em criações intelectuais já caídas em domínio público.

Portanto, não se pode fugir à constatação de que a autorização para a utilização destes dispositivos tecnológicos de proteção, nos acordos de livre comércio, acresce dificuldades aos países em desenvolvimento em adquirir novas ferramentas tecnológicas.

Aliás, foi assim que concluiu a Comissão de Direitos de Propriedade Intelectual do Reino Unido⁸⁴, ao afirmar que aos utilizadores da *world wide web* dos Estados em desenvolvimento deve ser facultado o acesso à informação de acordo com os limites do uso autorizado, conforme a legislação aponta. Por exemplo, como reproduzir e distribuir cópias impressas de fontes eletrônicas, em número razoável, para fins educacionais e de pesquisa, e usar citações razoáveis em comentários e em críticas.

Esclareceu, ainda a referida Comissão que as tentativas dos fornecedores de informação digital de restringir o acesso ao conteúdo livre, de acordo com os usos legítimos autorizados pela lei, devem ser reputadas disposições contratuais nulas. Devendo ainda estabelecer-se a legalidade do ato de desabilitar uma medida tecnológica de proteção à esta informação de livre acesso, independentemente de prévia autorização do titular do direito de autor⁸⁵.

⁸⁴ Especialmente quando afirma a necessidade das normas internacionais de direito de autor harmonizar o direito de acesso do utilizador da obra e o exclusivo dos titulares de direitos de autor: «In theory, international copyright rules should be able to deal with problems of access because they provide room for countries to include exemptions and relaxations of copyright in certain circumstances under their national laws» Ou seja: «Em teoria, as normas internacionais de direitos autorais devem ser capaz de lidar com os problemas de acesso, porque eles fornecem espaço para que os países incluam exceções e limites aos direitos de autor em determinadas circunstâncias sob as suas leis nacionais» COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. **Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights.** Report of the Commission on Intellectual Property Rights. Londres, set. 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm>, acesso em 12/04/2008.

⁸⁵ Concluiu a Comissão que: «There is a growing trend within the publishing and software industries towards distribution of content on-line, together with access restrictions enforced by digital rights management systems, such as encryption technologies. This sophisticated form of technological protection rescinds traditional “fair

Mais ainda, apontou a Comissão, que para melhorar o acesso a obras protegidas e atingir as suas metas em educação e transferência de conhecimento, os países em desenvolvimento devem adotar medidas que favoreçam a concorrência de acordo com as leis de direitos de autor. Por forma a conferir permissão, no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, para manter ou adotar exceções abrangentes para usos considerados legítimos e que não violem os legítimos interesses do titular dos direitos de autor, tais como em educação, pesquisa e bibliotecas⁸⁶.

Resta claro, assim, que a introdução de normas internacionais de direitos de autor nos países em desenvolvimento deve ser efetuada mediante uma avaliação adequada da elevada necessidade de melhoria da disponibilidade destes bens criativos, e de sua importância fundamental para o desenvolvimento econômico e social.

Pondere-se, todavia, que esta nova arquitetura disposta nos acordos de livre comércio favorece aqueles que investem na aquisição dos direitos patrimoniais independentemente de tal investimento ter alguma influência no ato criativo do autor original. Os efeitos econômicos podem ser prejudiciais tanto para o autor como para os utilizadores da informação protegida.

Destaque-se que em alguns casos, como na área da publicação científica e acadêmica, tanto os autores como os utilizadores pertencem ao mesmo grupo de pessoas que está a mercê dos titulares de direitos de autor.

Estas mesmas regras produzem efeitos negativos nos países subdesenvolvidos, em que a criatividade local produz música para o mercado mundial, no entanto a distribuição e a comercialização, assim como o lucro, estão controlados exclusivamente pelos editores, em regra, de empresas multinacionais.

Não há como fugir à constatação de que toda e qualquer discussão em torno dos conflitos entre o direito de liberdade de acesso à informação e os limites dos direitos de autor na sociedade da informação, passam pelo direito à educação e à cultura. Trata-se de direitos que

use” rights to browse, share, or make private copies of copyrighted works in digital formats (...)» Ou seja: «Há uma tendência crescente das indústrias editoriais e de software para a distribuição de conteúdo on-line, juntamente com as restrições de acesso impostas por sistemas de gestão de direitos digitais, como as tecnologias de criptografia. Esta forma sofisticada de proteção tecnológica elimina direitos tradicionais do "uso justo", como navegar, compartilhar ou fazer cópias privadas de obras protegidas pelo direito de autor em formatos digitais (...)» COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. **Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights.** Report of the Commission on Intellectual Property Rights. Londres, set. 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm>, acesso em 12/04/2008.

⁸⁶ Idem.

desde a sua origem já nascem universais e globais, independem de acordos, pois, em última instância, a proteção de tais direitos é de interesse da humanidade e o advento da sociedade da informação deixa bem claro a necessidade de aprofundar os estudos nestes direitos no âmbito global; uma vez que o objetivo desta nova sociedade é aproveitar ao máximo o desenvolvimento tecnológico e franquear o acesso à cultura e à educação⁸⁷.

Importa, por ora, salientar que a sociedade da informação baseada nas novas tecnologias não pertence ao futuro distante, muito pelo contrário, faz parte do contexto social atual, assumindo uma importância crescente no surgimento do paradigma digital.

Assim, a rigidez e a inflexibilidade dos acordos de livre comércio sobre a harmonização dos direitos de autor na sociedade da informação refletem nada mais do que o favorecimento de um dos pólos da balança, os titulares de direitos de autor, que não raras as vezes não são os criadores intelectuais das obras autorais, ameaçando o contrapeso tradicional proporcionado pela velocidade e interligação da *world wide web*. Destarte, como já estudado, o ambiente digital está perdendo a primazia do livre acesso à informação sob a égide de maior proteção às obras intelectuais.

Por isso, é imperativo, como bem pondera Basso⁸⁸, a instauração de um novo regionalismo que leve em conta as assimetrias entre as economias, estabelecendo a fixação de valores mundiais e uma nova ordem econômica mais livre, justa e equilibrada. Tudo isto associado ao diálogo acerca da reforma dos atuais padrões de proteção do direito intelectual, no âmbito internacional, com o intuito de que se assegure desenvolvimento, inovação e transferência de tecnologia, objetivando garantir os direitos fundamentais.

⁸⁷ AVANCINI, Helenara Braga. **O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais**. In: ROVER, Aires José (org.). *Direito e Informática*. SP: Manole, 2003, p. 355-381.

⁸⁸ BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na Era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

1.2 A proteção do bem intelectual na economia da informação

Não há como negar, o fato concreto de que o fenômeno da *world wide web* e a possibilidade de realizar negócios de formas diversas fizeram surgir uma preocupação quanto ao processamento de informações necessárias à tomada de decisões no ambiente de negócios das organizações.

Dai surgir, a pergunta sobre a prescindibilidade ou não de novas regras para a economia e paralelamente a constatação de que as mudanças que hoje se apresentam são consequências dos avanços tecnológicos⁸⁹. Ao solucionar esta indagação que historicamente é comum e pode ser verificada em períodos de grandes alterações sociais chega-se à resposta incontestável de que as normas permanecem a produzir efeitos, mesmo diante da mudança. Assim, equivale responder que também as leis da economia continuam valendo, apenas necessitam de ajustes diante da nova realidade posta⁹⁰.

Ressalte-se, assim, que as alterações econômicas prendem-se necessariamente com aquelas verificadas na forma em que se utiliza a informação disponível⁹¹. Por isso, hoje fora largamente difundido o uso do termo informação para qualificar o momento econômico que a sociedade vivencia.

Pontue-se, também que a alteração mais importante produzida pela economia da informação não se traduz especificamente numa única tecnologia, mas sim ao novo comportamento dos agentes econômicos diante da nova realidade estabelecida, que vem alcançando parcela da sociedade, responsável por constituir massa crítica e também ela produtora de informação⁹².

⁸⁹ Mister anotar como Bolaño que a sociedade informacional constituída em redes equivale à instauração de um novo espaço público, lembrando o espaço habermassiano, especialmente no que diz respeito a certas características socioeconômicas. BOLAÑO, César. **La genesis de la esfera publica global**. Nueva Sociedad n.º 147, Caracas, 1997. Assim, neste modelo o acesso à discussão pública é reservado a certos grupos sociais e depende da posse de um certo capital econômico inicial e os processos de exclusão pelos preços implicam numa diferenciação social das modalidades de acesso a este espaço público de discussão.

⁹⁰ Para Venkatraman as alterações introduzidas pelas novas tecnologias de informação podem colaborar intensamente para a obtenção de resultados novos; todavia tais alterações somente irão verificar-se caso acompanhadas de processos de gestão das informações. VENKATRAMAN, N. Venkat. **Enable business transformation: from automation to business scope redefinition**. Sloan Management Review, p. 73-87, Winter 1994. Neste mesmo sentido vd. DAVENPORT, Thomas H. **Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação**. São Paulo: Futura, 1998, e ainda MARCHAND, Donald A.; KETTINGER, William J.; ROLLINS, John D. **Information orientation: people, technology and the bottom line**. Sloan Management Review, p. 69-80, Summer 2000.

⁹¹ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A economia da informação: como os princípios econômicos se aplicam a era da Internet**. Rio de Janeiro : Campus, 1999.

⁹² EVANS, Philip B.; WURSTER, Thomas S. **A explosão dos bits: blown to bits**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Neste sentido, Evans e Wurster vêm apontando que o período histórico atual acaba por vivenciar um movimento de conectividade entre as pessoas. Bem verdade que este movimento traz como consequência profundas transformações na forma das organizações operarem e na necessidade destas repensarem o modo de fazer negócios, chegando até mesmo ao ponto inicial de novamente discutirem sobre quais são os fundamentos estratégicos empresariais que agora devem preponderar na atividade econômica que produzem⁹³.

Claro está que as transformações surgidas a partir deste movimento humano de conectividade é fruto duma revolução primeiramente tecnológica, responsável por produzir novos meios de comunicação e interação, que para a economia traduz-se em novas formas de fazer negócios.

Por isso, afirmar-se inevitável o rompimento dos velhos paradigmas, pelas novas tecnologias, especialmente daqueles que se prendem com a necessidade da presença física do sujeito econômico. De fato, as alterações introduzidas pelos recentes dispositivos tecnológicos de informação, produziram melhorias na comunicação, subtraindo obstáculos de tempo e espaço, implantando a cultura de redução dos custos de produção, e estabelecendo novas formas de fazer negócio.

É desta forma que emerge o movimento da conectividade, produzindo um novo comportamento nos entes econômicos, que passaram a utilizar a informação como matéria prima das negociações. E, mais, passaram os entes econômicos a interagir frequentemente, a trocar informações, quebrando as barreiras do tempo e do espaço físico.

Sem embargo, o fenômeno da conectividade apresenta ao homem e às organizações uma série de facilitadores, otimizando as interações que se apresentam cada vez mais rápidas e múltiplas, com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação.

Cabe assim, referir que este movimento propiciou que as partilhas de informações alcançassem índices inimagináveis, já que a barreira do meio físico fora transposta. Hoje, partilhar informações, não se reconduz a um mero empréstimo do suporte físico de armazenamento da informação, mas sim uma simples transferência de bits, que por meio eletrônico cria uma cópia perfeita do original.

No que diz respeito à transferência de conteúdos criativos este movimento de conectividade fora vital para uma mudança de comportamento do homem e das organizações. Hoje, partilhar

⁹³ EVANS, Philip B.; WURSTER, Thomas S. **A explosão dos bits: blown to bits**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

informação protegida por direito de autor não implica apenas num ato de troca do repositório físico de fixação da obra, por exemplo, por meio de fitas cassetes, discos de vinil e CD. Partilhar, hoje, significa realizar um ato de conectividade que permite a transferência online dos arquivos digitais que contêm o conteúdo criativo protegido pelo direito de autor⁹⁴.

Resta claro, assim, que o fenômeno da conectividade trata-se duma oportunidade criada pelos desenvolvimentos oriundos das tecnologias da informação, sendo ela a responsável por criar este ambiente facilitador para a partilha de informações.

Obviamente que para compreender este movimento em sua completude, preciso é enfrentar o caminho que segue este ambiente, iniciando-se no aparelhamento tecnológico, findando no êxito da conectividade.

Portanto, analisando este percurso, convém pontuar em linhas primeiras que o termo revolução da informação, apesar de cunhado ainda no final do século passado, permanece até hoje na ordem do dia das discussões enfrentadas no seio das organizações. Porém, o conhecimento reunido sobre o sentido deste termo, bem como, sobre as suas causas, os usos e as consequências que o mesmo gerava no domínio da informação nos negócios, ainda era bastante embrionário⁹⁵.

Somente após o final da década de 90, no século passado, é que as teorias a respeito da revolução da informação foram mais bem debatidas, com o fito de compreender as transformações que ocorriam e as que viriam por ocorrer⁹⁶. Não se pode esquecer que tais teorias encontram-se sedimentadas em fontes matemáticas⁹⁷, que objetivam analisar os problemas de transmissão da informação, através de mensagens.

⁹⁴ A tecnologia desenvolvida pelo NAPSTER foi uma das precursoras neste movimento de conectividade online.

⁹⁵ HERSCOVICI, Alain. **Economia da Informação, direitos de propriedade intelectual, Conhecimento e novas modalidades de re-apropriação social da Informação**. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, www.eptic.com.br, Vol. VI, n. 3, Sep. – Dec. 2004. Disponível em <<http://www.eptic.com.br/arquivos/Revistas/Vol.VI,n.3,2004/AlainHerscovici.pdf>>, Acesso em 03.05.2012.

⁹⁶ COHEN, Max F. **Alguns aspectos do uso da informação na economia da informação**. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 31, n. 3, p. 26-36, set./dez. 2002.

⁹⁷ Mais especificamente na análise da entropia. A princípio, entropia, corresponde a perda de energia, desordem. Trata-se dum conceito fundamental da termodinâmica. Todavia, a importância da entropia para o desenvolvimento da humanidade é tão grande, que extrapolou as fronteiras da termodinâmica, da física e, até mesmo, da ciência como um todo. Neste sentido vd. TÁVORA, Fernando Pitanga. **A entropia e a busca da posição-deus: onze pedras de filosofia para a qualidade comportamental**. São Paulo: Instituto Brasileiro do Livro Científico, 1992.

Inicialmente a preocupação residia tão somente com os números da informação transmitida num único canal e a manutenção da integridade da informação, no sentido de afastar da transmissão qualquer espécie de distorção⁹⁸.

Sendo assim, tais teorias eram apresentadas como uma técnica eminentemente da engenharia da comunicação, denominando-se Teoria Matemática da Informação ou ainda Teoria Matemática da Comunicação⁹⁹.

Não há dúvidas numa análise eminentemente informacional, que a informação trata-se dum agente distribuidor de incertezas, fomentador de alterações no comportamento das organizações e dos indivíduos. Entretanto em tom eminentemente paradoxal, convém assinalar, que este mesmo agente tem como objetivo último por fim às incertezas¹⁰⁰.

Claro está que a mudança no comportamento das organizações e dos indivíduos, prende-se na verdade, numa alteração do comportamento de qualquer receptor de uma dada mensagem¹⁰¹, que somente irá verificar se o grau de novidade da mesma for interessante para o receptor da mensagem. Assim, entende-se que, quanto maior for a taxa de novidade, maior será a mudança no comportamento das organizações e indivíduos.

De sorte que se estabelece uma interação proporcionalmente direta entre taxa de informação e originalidade; pelo que mais informação resulta de maior originalidade, ou menor

⁹⁸ Shannon foi o responsável por primeiro estudar a entropia da informação. Na sua tese buscou identificar o grau de incerteza duma informação em particular, desenvolvendo então o que denominou de teoria da informação, com o fito de obter êxito na transmissão de mensagens digitais. Paradoxalmente, iniciou os seus estudos com a premissa de que no percurso de transmissão da informação esta sofre perturbações, ao que denominou de ruídos. Shannon atribui estes ruídos ao processo de decodificação que a mensagem contendo a informação deve passar até chegar ao seu receptor. Assim, estudou a entropia da informação com o objetivo principal de obter hoje o que se denomina de cópia idêntica ao original. SHANNON, Claude E. **A Mathematical Theory of Communication**. The Bell System Technical Journal. vol. 27, p. 379–423, 623–656, Julho, Outubro, 1948. Shannon claramente apresenta o seu trabalho, expondo a sua problemática apontando que «O problema fundamental da comunicação trata-se de reproduzir, exata ou aproximadamente, a mensagem selecionada de um ponto a outro.» No original «The fundamental problem of communication is that of reproducing at one point either exactly or approximately a message selected at another point.». SHANNON Claude E. **A Mathematical Theory of Communication**. op. cit.

⁹⁹ SHANNON, Claude E.; WEAVER, Warren. **The mathematical theory of communication**. Urbana: The University of Illinois, 1949.

¹⁰⁰ WESTPHAL, Christopher & BLAXTON, Teresa. **Data mining solutions: methods and tools for solving real world problems**. New York: John Wiley, 1998. Esclareça-se que a informática diferencia-se e da cibernética. Já que aquela tem o objetivo de tratar da automação da informação, e esta volta-se para os problemas de controle da informação nas máquinas e nos organismos vivos. COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação: diagrama da teoria do signo**. [S. l.]: Perspectiva, 1980.

¹⁰¹ Refira-se que toda e qualquer informação é transmitida por um tipo específico de mensagem, que visa conectar receptor e transmissor.

previsibilidade¹⁰². Portanto é a originalidade que confere valor a informação, que para produzir alterações nos comportamentos, não pode ser em excesso, nem nula¹⁰³.

Para identificar-se o valor duma mensagem, é preciso valer-se da noção de entropia¹⁰⁴, pois que terá maior valor a mensagem que tende para a entropia máxima¹⁰⁵, mas sem nela cair. Daí que a mensagem ideal caracteriza-se como aquela que possui o máximo de informação, ou com tendência a entropia¹⁰⁶. Observe-se, todavia que à medida que a taxa de informação aumenta numa mensagem, menor será a sua inteligibilidade e vice-versa.

Por isso é que Shannon e Weaver¹⁰⁷ utilizaram o efeito da redundância, para resolver o problema de inteligibilidade da informação. Assim ao lançar-se mão deste efeito a mensagem chega ao seu receptor de forma mais clara, absorvendo todos os ruídos¹⁰⁸ que nela existam.

¹⁰² Evidentemente que a busca pelo novo é sempre um desafio e que a sua valorização é fomentada pela sociedade, podendo ser desestimulada num momento em particular e fomentada noutro.

¹⁰³ COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação: diagrama da teoria do signo**. [S.l.]: Perspectiva, 1980.

¹⁰⁴ JAYNES, Edwin Thompson. **Information theory and statistical mechanics**. Physical Review, vol. 106, n.º 4, p. 620-630, 15.05.1957. Para Jaynes o problema de especificar probabilidades nos casos onde a informação disponível é pouca ou nenhuma, é tão velho quanto a teoria da probabilidade. JAYNES, Edwin Thompson. **Information theory and statistical mechanics**. op. cit., p. 622.

¹⁰⁵ Note-se que o surgimento da máxima entropia deve-se aos estudos de Jaynes que parte da inferência estatística e modelagem estatística de problemas em mecânica, física e de informação. Partindo da inferência estatística tem-se que o seu objetivo é o de formular uma teoria que permita a compreensão das características gerais (distribuição) de um sistema de informação parcial e incompleto. Já para a modelagem estatística de problemas o objetivo encontra-se expresso na forma de determinar como atribuir valores numéricos (iniciais) das probabilidades quando apenas algumas quantidades globais limitadas (teoricamente) do sistema investigados são conhecidas. Assim, para o autor: «O princípio da máxima entropia pode ser considerado como uma extensão do princípio da razão insuficiente (a que se reduz no caso de falta de informação com exceção de enumeração das possibilidades) com a diferença essencial a seguir. (...) Assim, o conceito de entropia fornece o critério de escolha em falta que Laplace precisava para remover a arbitrariedade aparente do princípio da razão insuficiente, e, além disso, mostra precisamente como este princípio pode ser modificado no caso de existirem razões para pensar de outra forma.» «The principle of maximum entropy may be regarded as an extension of the principle of insufficient reason (to which it reduces in case no information is given except enumeration of the possibilities) with the following essential difference. (...) Thus the concept of entropy supplies the missing criterion of choice which Laplace needs to remove the apparent arbitrariness of the principle of insufficient reason, and in addition it shows precisely how this principle is to be modified in case there are reasons for “thinking otherwise”». JAYNES, Edwin Thompson. op. cit., p. 623.

¹⁰⁶ Cf. SHANNON, Claude E.; WEAVER, Warren. **The mathematical theory of communication**. Urbana: The University of Illinois, 1949. Shannon já apontou em seus estudos que: «Podemos definir uma quantidade que será medida, em certo sentido, pela quantidade de informação “produzida” por um tal processo, ou melhor, qual a taxa de informação é produzida.» No original: «Can we define a quantity which will measure, in some sense, how much information is “produced” by such a process, or better, at what rate information is produced». SHANNON Claude E. **A Mathematical Theory of Communication**. The Bell System Technical Journal. vol. 27, p. 379–423, 623–656, Julho, Outubro, 1948.

¹⁰⁷ Shannon e Weaver desenvolveram, o conceito de entropia relativa; ou seja é, a entropia real dividida pela entropia máxima possível de uma fonte que utilize um conjunto de símbolos. Para eles, a redundância seria igual à diferença entre a entropia relativa e a unidade (um). SHANNON, Claude E.; WEAVER, Warren. **The mathematical theory of communication**. Urbana: The University of Illinois, 1949.

¹⁰⁸ Como ruído entende-se todo sinal ou signo inserido na mensagem que não se pretendia transmitir, prejudicando sua inteligência; o que vale dizer são falhas observadas na transmissão de uma informação.

Ademais, vale registrar que um dos problemas associados à teoria de Shannon é a sua conceituação de informação que está umbilicalmente ligada à noção de quantidade de informação de uma mensagem, e não ao seu conteúdo¹⁰⁹. Para ele, informação é a presença de um ou zero em um bit¹¹⁰.

Muito embora, as observações dos teóricos da informação ora referidos o presente estudo entenderá como informação qualquer conteúdo, desde que criativo, que possa ser digitalizado, ou seja, transformado em bits. Evidentemente que o conjunto destes bits, somente terá valor desde que se configurem como dados estruturados, cuja forma e conteúdo possibilite a sua apropriação para um uso em particular, o que equivale a dizer possuir significado contextual, de utilidade, proporcionando incremento ao conhecimento estabelecido.

Aliás, a contextualização é a principal característica para qualquer bem que tem como objeto, simplesmente a informação. Daí a observação que não se afasta de que uma informação pode ser importante, ter valor, fazer sentido a depender do seu utilizador. Portanto para uma organização para uma pessoa, a informação pode não representar nenhuma mudança, mas para outros sim¹¹¹.

Frise-se que em termos de tutela desta informação enquanto bem intelectual esta observação gera contradições; dado que a proteção conferida pela lei não leva em consideração o uso que se faz do bem, isto é não se importa com a sua contextualização. Para o sistema protetor, é suficiente que da informação contida num bem intelectual possa extrair-se criatividade, sendo irrelevante os juízos pessoais.

¹⁰⁹ Frise-se ainda que para Shannon quantidade de informação significa maior ou menor probabilidade de emissão de mensagens a partir de uma fonte. SHANNON, Claude E. **A Mathematical Theory of Communication**. The Bell System Technical Journal. vol. 27, p. 379–423, 623–656, Julho, Outubro, 1948.

¹¹⁰ É cediço que uma fonte binária tem apenas duas mensagens possíveis: 0 ou 1; sim ou não. Para entender melhor sobre o sistema binário vd. GONICK, Larry. **Introdução Ilustrada à Computação**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1984. 242 p. p. 115-122. Wiener também, à mesma época de Shannon, associava entropia ao processo de comunicação/informação. Para Wiener os processos que perdem informação são estreitamente análogos aos processos que ganham entropia. WIENER, Norbert. **Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine**. New York: Hermann & Cie Editeurs, Paris, The Technology Press, Cambridge, Mass., John Wiley & Sons Inc, 1948.

¹¹¹ Wiener aponta que «O grau de integração da vida da comunidade pode aproximadamente mostrar o nível da conduta de um único indivíduo, mas o indivíduo, provavelmente, tem um fixo sistema nervoso, com permanentes relações topográficas entre os elementos e conexões permanentes, enquanto a comunidade é composta por indivíduos com trocas de relações no espaço e no tempo e não conexões permanentes, imutáveis fisicamente.» No original «The degree of integration of the life of the community may very well approach the level shown in the conduct of a single individual, yet the individual will probably have a fixed nervous system, with permanent topographic relations between the elements and permanent connections, while the community consists of individuals with shifting relations in space and time and no permanent, unbreakable physical connections.» WIENER, Norbert. **Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine**. op. cit., p. 156.

De qualquer sorte cabe aqui algumas indagações de fundo que talvez mais à frente no desenvolvimento deste estudo tenham utilidade, que diz respeito ao conteúdo da criatividade. Como relacionar a contextualização da informação com a proteção garantida pela lei ao bem intelectual, mesmo àquele que contém informação não aproveitável por todos, mas sim por uma parcela dos indivíduos? E ainda, paradoxalmente a proteção conferida pela lei ao bem cuja contextualização da informação é uniforme, alcançando aproveitamento por uma grande parcela de indivíduos, para não referir duma coletividade em específico? Não será que o valor atribuído à informação, tomando como partida o fenômeno da contextualização, não modifica os critérios utilizados pela lei para atribuir proteção a um determinado bem intelectual? Contextualizar, também não será tomar em atenção os interesses em jogo envolvidos no debate sobre o tom da tutela conferido pela lei?

Sem embargo, em linhas gerais pode-se com clareza afirmar que a informação, bem como o conhecimento, caracterizam-se pela inexistência de exclusividade e rivalidade, ao menos parciais. O que vale dizer que a mesma informação pode ser utilizada por vários agentes econômicos, isto é, a utilização de determinada informação por um agente econômico não implica necessariamente em impedimento de uso desta mesma informação para diversos agentes¹¹².

De qualquer sorte, na hipótese da informação ser produzida a partir de organizações privadas ou indivíduos, a lei estabeleceu a tutela desta produção informacional com o fim de limitar e controlar as suas modalidades de apropriação e assim rentabilizar os custos irreversíveis. É assim que as primeiras divergências entre o rendimento privado e o rendimento coletivo da informação surgem¹¹³.

Neste sentido aponta Arrow, que na existência de custos da transação surgem as imperfeições ou falhas de mercado. Tais custos correspondem àqueles que as empresas têm que assumir

¹¹² ARROW, Kenneth J. **L'économie de l'information: un exposé**. in *Théorie de l'Information et des organisations*, Edité et présenté par Thierry Granger, Dunod, Paris, 2000, p. 83. Arrow ainda aponta que por “natureza”, a informação apresenta características ligadas a seu caráter indivisível: ela produz externalidades positivas e corresponde a situações não concorrenciais à medida que existem externalidades e rendimentos crescentes. ARROW, Kenneth J. **L'économie de l'information: un exposé**. op. cit., p. 83.

¹¹³ Neste mesmo sentido aponta Hodgson para quem a apropriação da informação pressupõe a existência de determinados processos cognitivos. Tais processos, para o autor, encontram-se intrinsecamente ligados à existência de instituições, de regras e de costumes, que permitem especificar as modalidades de apropriação da informação e explicar as modalidades de “enculturação” (enculturation, em inglês) necessárias à sua decodificação. HODGSON, Geoffrey M., **The Approach of Institutional Economics**, *Journal of Economic Literature*, vol. 36, Issue 1, March 1998, pp. 171 e 183.

para poder atuar nos diferentes mercados¹¹⁴ e relacionam-se diretamente com os custos de exclusão, de informação e de comunicação relativos à divulgação e à aprendizagem dos preços pelos quais as transações podem ser efetuadas, de desequilíbrio associados ao tempo necessário para calcular a alocação ótima¹¹⁵.

Refira-se, assim, que partindo de uma visão mais geral, a contextualização de qualquer tipo de informação é um processo que ressalta as modalidades intrinsecamente diferenciadas da apropriação da informação pelos diferentes agentes. Observe-se, noutro ângulo que a informação é assimilada ao conhecimento e/ou ao progresso técnico; de sorte que a inovação tecnológica, como um processo intrinsecamente assimétrico, explica o aparecimento de rendas temporárias de monopólio por parte dos agentes inovadores assim como o diferencial de taxa de lucro e de estrutura de custos no seio de uma mesma indústria¹¹⁶.

Pondere-se, também que a homogeneidade dos comportamentos, das expectativas e, conseqüentemente, das informações a partir das quais essas expectativas são elaboradas não permite explicar a realidade da troca. É assim que o exemplo da demanda de moeda por motivo de especulação ilustra perfeitamente esta tese¹¹⁷.

De mais a mais a Economia da Informação defendida por Akerlof e Stiglitz¹¹⁸ demonstra que o sistema de preços não constitui um sinal eficiente e que, contrariamente ao pensamento convencional existem assimetrias da informação. As assimetrias da informação são estudadas em função da natureza do sistema de preços de mercado, das especificidades dos bens e dos comportamentos dos agentes.

Na verdade, estudar a economia da informação e o seu reflexo na distribuição dos bens intelectuais implica, em boa medida, em saber distinguir os modismos conceituais das alterações profundas introduzidas pelas novas tecnologias de informação. Ou seja, o escopo do presente estudo a todo o momento irá cruzar esta linha de fronteira, com o propósito de

¹¹⁴ ARROW, Kenneth J., **Potentialités et limites du marché dans l'allocation des ressources**, trad. française dans J.K. Arrow. in *Théorie de l'information et des organisations*, p. 62-80 Paris: Dunod, 1985, p. 78.

¹¹⁵ HERSCOVICI, Alain. **Economia da Informação, Redes Eletrônicas e Regulação: Elementos de Análise**. Revista de Economia Política, p. 95-114, vol. 24, n° 1 (93), janeiro-março/2004, p. 98-99.

¹¹⁶ HERSCOVICI, Alain. **Dinâmica macroeconômica: uma interpretação a partir de Marx e de Keynes**, Educ/Edufes, São Paulo, 2002

¹¹⁷ Cf. KEYNER, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 139.

¹¹⁸ Cf. AKERLOF, George A. **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, n.º 3. (Aug., 1970), p. 488-500 e ainda, GROSSMAN, Sanford J. e STIGLITZ, Joseph E. **Information and Competitive Price Systems**, in The American Economic Review, vol. 66, n. 2, Papers and Proceedings of the Eighty-eighth annual Meeting of the American Economic Association (May, 1976), p. 246-253.

encontrar a mudança crítica provocada exponencialmente pelo impacto provocado pelo uso da internet como meio de comunicação e acesso a informação.

Assim, seguindo esta linha de raciocínio o que se pretende é relacionar esta profunda alteração nos comportamentos das organizações e dos indivíduos, especialmente em face da emergência da produção social¹¹⁹.

Destaque-se, entretanto, que qualquer discussão sobre os padrões de proteção do direito intelectual, quer no âmbito internacional ou nacional; bem como, a garantia da proteção dos direitos fundamentais dos autores e utilizadores de obras protegidas pelo direito de autor deve levar em consideração esta nova realidade posta da economia da informação.

É inegável que esta discussão, especialmente no início do século XXI, toma vulto pela importância do crescimento exponencial da economia e da indústria cultural. Obviamente que a expansão do comércio internacional sobre os bens intelectuais, assume progressivamente relevância na agenda política interna e externas dos países, assim inevitável é o aprofundamento do debate sobre os efeitos potenciais destas indústrias criativas para o desenvolvimento da economia.

Ao lado desta discussão, põe-se o paradigma da proteção dos direitos fundamentais que se firmam como elemento central dos ordenamentos contemporâneos irradiando os seus efeitos às diversas áreas do sistema jurídico.

Ademais, claro está que num ambiente de múltiplas e rápidas transformações, no qual novos tipos de negócios são lançados, evidentemente que a discussão apresenta-se sobre uma nova economia.

¹¹⁹ É assim que brilhantemente Yochai Benkler aponta «A emergência do ambiente das redes digitais tornou possível o desenvolvimento, duma conversação social aberta na qual todos podem participar como pares. Esta possibilidade tecnológica e econômica, entretanto não é preordenada. As decisões sobre a organização e regulação do conteúdo. As decisões sobre a organização e regulação do conteúdo, lógica e camadas físicas da Internet irá determinar se o ambiente digital acabará por, em grande medida, replicar o modelo de mídia de massa, ou se ele vai realmente mudar a estrutura profunda do nosso ambiente de informação.» No original «The emergence of the digitally networked environment makes possible the development of a robust, open social conversation in which all can participate as peers. This technological and economic possibility is not, however, preordained. Decisions about the organization and regulation of the content, logical, and physical layers of the Internet will determine whether the digital environment will eventually, in large measure, replicate the mass media model, or whether it will indeed change the deep structure of our information environment.» BENKLER, Yochai. **From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access**. Federal Communication Law Journal, p. 561-579, vol. 52, n.º 3, Maio/2000, p. 579.

Frise-se que a característica principal deste ambiente multi-informacional trata-se da quantidade de informação a ser colacionada e tratada. Ao comparar a capacidade tecnológica de quatro décadas atrás, fica ainda mais latente a revolução que as novas tecnologias informacionais produziram no mundo, o que implica dizer alterando os hábitos e os costumes dos homens.

É assim que neste ponto do estudo buscar-se-á desmistificar o valor da produção e da transmissão dos bens intelectuais, bem como a possibilidade de identificar-se um regime de proteção adequado para os produtos modulados e bens personalizados.

1.2.1 O valor da produção e da transmissão dos bens intelectuais

Nas linhas acima o presente estudo destacou o papel que a contextualização desempenha na determinação do valor do bem intelectual, uma vez que, em boa medida, a relevância que este bem apresenta é identificada pela sua capacidade de apropriação por um particular qualquer.

Por isso, não sendo relevante a sua apropriação não faz sentido economicamente a atribuição de valor ao bem intelectual, dado que o interesse para qualquer organização é a potencialidade de qualquer bem de gerar receita. Claro está que juridicamente a relevância da apropriação de qualquer bem não é levada em consideração para a determinação ou não de um regime jurídico especial de proteção¹²⁰.

Pondere-se, todavia que não se pode rasamente concluir deste modo sem antes investigar o conteúdo da informação, melhor dizendo do conhecimento que transmite um bem intelectual. Com efeito, é por isso que a economia da informação identifica duas espécies de conhecimento, um chamado tácito, que se encontra diretamente ligado a determinados agentes ou instituições e outro denominado de codificado, que se caracteriza por ser despersonalizado, descontextualizado, fixado em qualquer suporte seja tangível ou intangível¹²¹.

¹²⁰ De qualquer sorte estuda-se comumente que para o estabelecimento de relações gerais obrigacionais é imprescindível a existência de bens úteis, raros e passíveis de valoração econômica.

¹²¹ Vd. neste sentido Dominique Foray, para quem a codificação do conhecimento resulta numa linguagem e suporte físico em especial, que ampliam as modalidades de acesso à este conhecimento, transformando-o em mercadoria, passível de proteção pelo regime jurídico dos direitos intelectuais. FORAY, Dominique, **L'économie de la connaissance**. La Découverte, Paris 2000, p. 48.

Obviamente que o conhecimento codificado configura-se pela sua ampla utilização e pela sua circulação descontrolada, dado não se encontrar ligado intrinsecamente a um agente ou a uma instituição.

Sem embargo, a natureza do bem intelectual e as modalidades de apropriação da informação estão umbilicalmente ligadas à lógica global de acumulação. É bem verdade que em linguagem geral econômica, identificar o sentido da expressão valor é referir o quanto os consumidores estão dispostos a pagar a mais por um produto ou serviço, como já discutido nas linhas acima. E, ainda para esta mesma linguagem assegurar a lucratividade dum negócio implica no estabelecimento de valor que ultrapasse os custos de produção do bem ou serviço negociado¹²².

Claro está como já referido que o uso massificado das tecnologias de informação possibilita o crescimento exponencial deste lucro pela redução direta dos custos de produção. Todavia, não é ela unicamente responsável por ampliar a disponibilidade do consumidor em adquirir o bem produzido por determinada organização. Já se destacou que esta organização para compreender a disponibilidade do consumidor na aquisição do bem que produz, necessita organizar-se a um nível que permita o tratamento e a sincronização dum grande número de informação.

Outrossim, mister faz-se estudar também a importância das tecnologias de transmissão da informação, uma vez que estas, nesta lógica de acumulação, estabelecem-se como um processo de troca de mensagens que tem valor econômico¹²³. Frise-se que a comunicação da informação para além de consolidar-se como a circulação de mensagens de conhecimento com determinado valor para a produção de bens e serviços, aprofunda-se pelas ideias de racionalização e eficiência dominantes da sociedade moderna.

Aponte-se, ainda que tais ideias sobre a organização dos recursos e a sua utilização de forma mais produtiva constituem o discurso ideológico da sociedade industrial, que hoje caracteriza-se e desenvolve-se pela apropriação e reapropriação da visão histórica como iluminação

¹²² Para uma melhor compreensão desta relação vd. PORTER, Michael E. **Competitive advantage**. New York: Free Press, 1985.

¹²³ FREIRE, Isa Maria. **Comunicação de informações tecnológicas para o meio rural**. Revista Ciência da Informação. Brasília, v. 13, n. 1, p. 67-71, 1984.

progressiva de retorno amplo às origens, com o objetivo de construção do projeto de conexão que se propõe à sociedade moderna renovar¹²⁴.

Note-se que dado a multiplicação dos gabinetes e centros de investigação e como já referido dos meios de comunicação e reprodução da informação, cresce a disponibilidade de energia, de bens e serviços e conhecimentos, originando a apropriação do saber científico pelo saber utilitário¹²⁵.

De qualquer sorte, vale lembrar que a informação e o conhecimento caracterizam-se pela não-exclusividade e pela não-rivalidade, ao menos parciais, uma vez que a mesma informação pode ser utilizada por vários agentes econômicos. E ainda, a utilização de determinada informação por um agente econômico não implica que ela não esteja disponível para outros agentes¹²⁶.

Assinale-se, nesta ordem de ideias, que a informação produz resultados positivos, com rendimentos crescentes, correspondendo a situações não concorrenciais¹²⁷. Por isso é que na hipótese da produção de informação que parte de centros privados, com o fito de dar escopo a estes rendimentos crescentes, é que se faz necessário a sua tutela, mediante o estabelecimento de direitos que limitem não só as modalidades de apropriação destes rendimentos, como também que estabeleçam os limites da utilização destes rendimentos que já foram reapropriados por terceiros. Obviamente que esta tarefa não é de fácil conclusão, especialmente em virtude das divergências que surgem entre o rendimento privado e o rendimento coletivo da informação.

Denote-se, por outro lado, que não são apenas colhidos resultados positivos com o fluxo da informação, mas também negativos que são denominados de custos de transação, ou seja, são aqueles custos que as organizações devem assumir para atuarem em inúmeros mercados; que

¹²⁴ Cf. LYOTARD, Jean- François. **O pós-moderno explicado às crianças**. 2.^a ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. E ainda VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Lisboa: Editorial Presença, 1987.

¹²⁵ Exatamente como previra Marx, hoje a capacidade real de produção objetiva-se e materializa-se na economia automatizada da sociedade, na ciência e tecnologia, instituições sociais do progresso e da produção, definitivamente incorporadas ao processo de acumulação do capital. MARX, Karl. **Consequências sociais do avanço tecnológico**. Coleção Ciências Sociais, Série Materialismo Histórico, v. 1. São Paulo: Edições Populares, 1980.

¹²⁶ Cf. ARROW, Kenneth J., **L'économie de l'information: un exposé**. in *Théorie de l'Information et des organisations*, ed. Thierry Granger, Dunod, Paris, 2000, p. 83.

¹²⁷ Refira-se que tais custos relacionam-se diretamente com os custos de exclusão, os custos de informação e de comunicação relativos à divulgação e à aprendizagem dos preços pelos quais as transações podem ser efetuadas, e os custos de desequilíbrio associados ao tempo necessário para calcular a alocação ótima. ARROW, Kenneth J., **L'économie de l'information: un exposé**. op. cit., p. 89.

quando identificados numa relação comercial, é sinal de que existe uma imperfeição de mercado¹²⁸.

Vale ainda observar que esta tarefa de identificação dos resultados positivos e negativos é importante para concretamente atribuir-se um valor à informação objeto de uma transação comercial.

Claro está que todo este debate teórico sobre o valor da informação, busca sem sombra de dúvidas atribuir à informação uma natureza de ordem econômica. Mas vale destacar que nesta investigação o estudo da informação toma corpo a partir da sua identificação como um bem intelectual. Assim é que se compreende a informação com uma natureza multifacetada.

Por isso, compreender este debate teórico passa por identificar as diversas concepções sobre a natureza da informação que como é óbvio, parte essencialmente dum debate econômico que se acirra quando a informação deixa de ser transmitida gratuitamente e passa a ser apropriada mediante a atribuição de um valor¹²⁹.

Numerosas são as concepções sobre a natureza da informação que ressaltam a sua multidimensionalidade, e ainda destacam as diversas possibilidades de apropriação da informação.

Uma destas concepções encontra-se identificada pela abordagem dos teóricos do *mainstream* que estudam situações de existência de imperfeições da informação, pontuando que parte desta informação deixa de ser transmitida gratuitamente por meio do sistema de preços e adquire um valor¹³⁰.

Já na tradição neoclássica, os teóricos concebem o mercado como uma instância abstrata, afirmando que toda a informação necessária é gratuitamente divulgada¹³¹. Para essa teoria, numa situação de concorrência pura e perfeita, o jogo de mercado representa a solução, social e economicamente, mais eficiente.

¹²⁸ ARROW, Kenneth J. **Potentialités et limites du marché dans l'allocation des ressources**. in *Théorie de l'Information et des organisations, et des organisations*. ed. Thierry Granger, Dunod, Paris, 2000, p. 78.

¹²⁹ ARROW, Kenneth J. **Limited Knowledge and Economic Analysis**. in *American Economic Review*, March 1974, p. 7.

¹³⁰ Como aponta Arrow estes teóricos trabalham com a teoria das expectativas racionais. ARROW, Kenneth J., **Limited Knowledge and Economic Analysis**. op. cit., p. 7. Refira-se, ainda que esta teoria preocupa-se em decifrar uma entre inúmeras hipóteses possíveis a respeito da formação das expectativas dos agentes econômicos. Para estes teóricos, a fórmula de aplicação generalizada é um procedimento fidedigno de apresentar expectativas para qualquer variável econômica.

¹³¹ Cf. ARROW, Kenneth J. **Limited Knowledge and Economic Analysis**. op. cit., p. 4.

Registre-se, por outro lado que se partindo duma abordagem alternativa, tem-se que o mercado não é um lugar no qual agentes homogêneos encontram-se e maximizam certas funções a partir de uma racionalidade substantiva definida fora de qualquer norma social e no qual o sistema de preços fornece a informação necessária. De qualquer sorte, existem custos de transação, melhor dizendo custos para obter acessos a determinados mercados¹³².

Assim é que a economia das convenções encontra-se no mesmo sentido; isto é, intenta apresentar soluções para os problemas advindos da heterogeneidade dos agentes, das modalidades de coordenação não mercantis, mais simplesmente do modo como tais processos atuam nos mercados concretos¹³³.

No entanto, as concepções heterodoxas, ao contrário das concepções arraigadas ao individualismo metodológico, propõem-se a analisar os processos de socialização, com o fito de demonstrar como estes cumprem um papel fundamental na regulação econômica¹³⁴.

Sem embargo, não constituindo o sistema de preços um sinal adequado que permita reduzir a existência de desequilíbrios distintos, nem tão pouco coordenar a atuação dos agentes econômicos, mister se faz a presença ativa de instituições para conter a instabilidade gerada e assegurar a regulação macroeconômica¹³⁵.

É bem verdade que a busca pela redução de custos é o fundamento inicial para o uso da tecnologia da informação¹³⁶. Assim é que, a despeito dos bens informacionais, na economia da informação, apresentarem um custo elevado de produção, os custos de reprodução são imensuravelmente reduzidos¹³⁷.

Shapiro e Varian esclarecedoramente apontam que a tarefa de produção de um bem informacional implica custos fixos altos, mas baixos custos marginais; resultando, portanto, a

¹³² ARROW, Kenneth J. **De la rationalité de soi et des autres dans un système économique**. in *Théorie de l'Information et des organisations, et des organisations*. ed. Thierry Granger, Dunod, Paris, 2000, p. 246-247.

¹³³ Para Alain Rallet «a convenção é uma forma que permite coordenar os interesses contraditórios que derivam de lógicas opostas mas que têm necessidade de estarem juntas para serem satisfeitas». RALLET, Alain. **A teoria das convenções segundo os economistas**. in *Nexos*, vol. I, nº 2, Dezembro de 1999, p. 112.

¹³⁴ Vd sobre o tema HERSCOVIC, Alain. **Economia do desequilíbrio, sistema de preços e instituições: elementos de análise**. in *Ensaio FEE*, vol. 23, nº 1, 2002, Porto Alegre.

¹³⁵ Frise-se, de mais a mais que pouco importa o caráter destas instituições; o que implica dizer, ser suficiente para amainar os desequilíbrios geradores de desigualdades sejam sociais ou de regime jurídico, a figura do Estado ou de outras formas institucionais ou de convenções. Neste mesmo sentido HERSCOVIC, Alain. **Economia do desequilíbrio, sistema de preços e instituições: elementos de análise**. in *Ensaio FEE*, vol. 23, nº 1, 2002, Porto Alegre.

¹³⁶ Como aponta ZWASS, Vladimir. **Management information systems**. Dubuque: Wm. C. Brown, 1992.

¹³⁷ Cf. SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A economia da informação: como os princípios econômicos se aplicam a era da Internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

máxima de que a fixação do custo da informação é ponderada pelo valor que exterioriza a informação e não pelo seu real e concreto custo de produção¹³⁸.

Assim, é que nesta investigação, imperioso é questionar se a multiplicação da circulação de bens intelectuais, que possuem eminentemente um carácter informacional, guardada as devidas proporções, não implica diretamente na aproximação a zero do valor que os mesmos exteriorizam, dado a oferta infinita dos mesmos.

Destaque-se, que para a economia industrial, o valor de um bem, seja ele de natureza intelectual ou não, é mensurado pela disposição dos consumidores em pagar o preço lançado. Assim, para que um negócio torne-se lucrativo é preciso que haja interação direta entre a disposição dos consumidores em pagar o preço lançado e o custo da produção deste bem¹³⁹.

Sem embargo, em tempos de sociedade da informação, de multiplicação dos meios de reprodução da informação, melhor dizer, com o advento das novas tecnologias de informação, evidentemente que há uma alteração radical na disposição dos consumidores em pagar o preço lançado, bem como uma redução substancial dos custos da produção dum bem intelectual.

Por isso, quanto mais eficiente for a reprodução permitida pelas novas tecnologias de informação, o valor do bem intelectual será substancialmente reduzido. Pelo que, o acréscimo de valor ao bem intelectual dependerá hoje da criatividade em inovar, da qualidade da informação que se transmite ao consumidor, enfim dos benefícios que este bem intelectual possa acrescentar ao mesmo, num mundo digital de completa convergência da informação¹⁴⁰.

Claro está, portanto, que a disposição do consumidor em pagar o preço está umbilicalmente ligada ao acréscimo de valor ao bem intelectual. Assim, num cenário deste nível de criatividade, pouco provável será a destruição do preço lançado pelo consumidor ávido por informação não comum¹⁴¹.

Denote-se, mais ainda que é possível identificar-se uma alternativa para a ampliação do valor do bem, que ultrapassa os limites da cadeia de valor, qual seja a co-produção do valor, uma

¹³⁸ Cf. SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A economia da informação: como os princípios econômicos se aplicam a era da Internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

¹³⁹ PORTER, Michael E. **Competitive advantage**. New York: Free Press, 1985.

¹⁴⁰ RAMIREZ, Rafael. **Value co-production: intellectual origins and implications for practice and research**. Strategic Management Journal. v. 20, p. 49-65, 1999.

¹⁴¹ Cf. STABELL, Charles B.; FJELDSTAD, Øystein D. **Configuring value for competitive advantage: on chains, shops, and networks**. Strategic Management Journal, v. 19, p. 413-437, 1998. O autor pondera, neste trecho do seu estudo que a lógica de criação de valor em uma rede é por meio do *linking* entre os seus clientes.

vez que esta aponta para uma forma não linear, interativa e transitória na cadeia de produção que conta com diversos atores¹⁴².

Vale ressaltar, também, que a interação entre estes diversos atores econômicos, bem como a interconectividade e a sincronização das suas ações, somente irá produzir valor acrescentado ao bem, quando houver uma ligação estreita entre estes atores e os consumidores¹⁴³. Portanto, é o poder de relacionamento entre fornecedor e cliente somado à estruturação dos diversos níveis de gestão numa organização e ainda a colaboração dos processos estruturados com o fim de organizar as informações que contribuem para o acréscimo de valor ao bem¹⁴⁴.

Óbvio está que a gestão dum emaranhado de informações destinada a entender as necessidades do cliente somente é possível com o uso de tecnologias de informação, comportado por sistemas que organizam, tratam e sincronizam um número que chega a centenas de milhares de dados¹⁴⁵. Tudo com o propósito único de estruturar uma base de dados que reúna todas as informações dispersas sobre os consumidores numa determinada organização, facilitando assim a compreensão dos desejos, hábitos e preferências de cada consumidor em particular¹⁴⁶.

Mister, frisar que esta revolução nos velhos processos de produção, passa principalmente pela preocupação que as organizações devem ter com o perfil dos consumidores, sob pena de restarem fadadas ao fracasso nesta economia da informação. Sem dúvidas que a incorporação de novas atitudes nos processos de produção, em grande parte fora gerada pela mudança de comportamento dos consumidores, que passaram a ter acesso fácil à informação, tornando-se assim, mais seletivos e exigentes nas escolhas de aquisição de bens que realiza.

¹⁴² Ramirez assim destaca e frisa que nesta ótica os consumidores não destroem o valor. RAMIREZ, Rafael. **Value co-production: intellectual origins and implications for practice and research**. Strategic Management Journal. v. 20, p. 49-65, 1999.

¹⁴³ Cf. STABELL, Charles B.; FJELDSTAD, Øystein D. **Configuring value for competitive advantage: on chains, shops, and networks**. op. cit.

¹⁴⁴ Para maiores contribuições sobre o tema, em especial sobre o valor agregado por uma organização vd. BOWMAN, Cliff. **Value in the resource-based view of the firm: a contribution to the debate**. The Academy of Management Review, v. 26. n. 4. p. 501-502, Oct., 2001.

¹⁴⁵ Note-se como bem refere Thomas Davenport não é apenas o uso das novas tecnologias de informação o elemento suficiente para o sucesso do acréscimo de valor ao bem e o aumento do próprio desempenho numa organização; é preciso, sem sombra de dúvidas a atividade humana criativa no uso dos processos de gestão da informação e criação de inovação ao bem. DAVENPORT, Thomas H. **Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação**. São Paulo: Futura, 1998.

¹⁴⁶ Destaque-se, por conseguinte que o reflexo do uso das novas tecnologias, em especial nas comunicações pela world wide web, amplia e aperfeiçoa a relação do fornecedor com o seu cliente, que aprende a investir na agregação de criatividade, novidade e inovação ao bem que produz. Cf. LITAN, Robert E.; RIVLIN, Alice M. **Projecting the economic impact of the Internet**. The American Economic Review, v. 91, n. 2. p. 313-317, May 2001.

Esta mudança de comportamento dos consumidores resulta que as organizações na economia da informação devem estar completamente focadas em alcançar rapidamente inovação, dinâmica e interação, para a produção de bens; tudo isso, sem esquecer a necessidade de serem flexíveis por forma a suportar potenciais alterações de produtos e processos para a satisfação do seu consumidor¹⁴⁷.

Em boa medida, as organizações na economia da informação estão a permitir que os seus consumidores participem do processo de criação e produção dos bens, melhor dizendo que sejam estes a criarem os produtos¹⁴⁸.

Assim, em face da participação do consumidor em todo este processo, o valor do bem pode decrescer ou aumentar. Decrescerá, se o consumidor identificar que ele mesmo poderá produzir o bem; em contrapartida aumentará se o consumidor observar que as organizações criaram um produto único, que atende às suas necessidades específicas, tornando-se, portanto interessante a sua disponibilidade para a aquisição deste bem.

Note-se que muito embora o consumidor identifique ser ele próprio capaz de produzir o bem, a sua disponibilidade para a aquisição deste bem único que atende às suas necessidades poderá aumentar se ele avaliar que lhe será mais cómodo, prático e até mesmo conveniente ostentar o bem adquirido em particular daquela organização.

Portanto, a agregação de valor ao bem intelectual, parte em certa e grande medida do uso que as organizações fazem com as informações que lhe chegam às mãos. Tarefa esta que independe do uso das novas tecnologias de informação, mas cujo uso provoca a redução de tempo, empenho e dedicação dos membros duma organização, fazendo assim, reduzir os custos com a produção do bem intelectual e liberando estes membros para atividades mais criativas e inovadoras, tudo com o fito de satisfazer e atingir as vontades do consumidor ávido por uma bem intelectual que lhe toque de perto, satisfazendo-o na aquisição da informação que procura.

¹⁴⁷ ZWASS, Vladimir. **Management information systems**. Dubuque: Wm. C. Brown, 1992.

¹⁴⁸ Sobre o assunto vd. THOMKE, Stefan; HIPPEL, Eric von. **Customers as innovators: a new way to create value**. Harvard Business Review, p. 74-81, Apr. 2002. E também, AMOR, Daniel. **A (r)evolução do e-business**. São Paulo: Makron Books, 2000.

1.2.2 *O regime de proteção adequado para os bens intelectuais*

Ademais, cumpre-se analisar, após haver-se verificado como se processa o modo de atribuir-se valor para a produção e a transmissão dos bens intelectuais, de que forma este mesmo bem adquire um regime de proteção adequado.

Por isso, é conveniente neste sentido observar, que dado o processo estudado em linhas acima para a incorporação de valor acrescido aos bens, que o valor dos bens intelectuais massificados tendem a alcançar o valor zero, pois como já destacado a disponibilidade do consumidor em adquirir este bem será bastante reduzida ou mesmo nula; mas, contrariamente será maior esta mesma disponibilidade do consumidor em adquirir um bem que atende às suas necessidade particulares, afastando-se assim do zero o valor deste bem¹⁴⁹.

Outrossim, é imperioso notar, que a necessidade de analisar as atividades econômicas sobre os bens intelectuais protegidos pelo direito de autor, tem-se convencionado denominar o rol amplo destas atividades de indústrias criativas, que inclui as atividades com substancial elemento criativo, tais como o audiovisual, jogos eletrônicos, música, livros e revistas, teatro, exposições, arquitetura, design, moda, artesanato e equivalentes, e o rol restrito de indústrias culturais, que inclui apenas as atividades ligadas diretamente à expressão estética, protegida pelos direitos de autor, como a música, o audiovisual e as publicações¹⁵⁰.

¹⁴⁹ O que vale dizer que se transforma um bem público, de livre acesso no mercado, num bem de clube, através de convenções contratuais permitidas pela legislação autoral. Portanto, garantindo-se a exclusividade sobre esta categoria de bens, cria-se incentivos à produção cultural, evitando-se em boa medida a dispersão do lucro por sujeitos repetidores. Ou seja, introduz no mercado um bem que se assume escasso e ainda reduz o acesso do mercado ao bem público, de acordo com o que preleciona Olson, na sua teoria dos bens públicos. OLSON, Mancur. **A lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. Especialmente vd. a p. 63 desta obra. Na verdade, frise-se que já na década de 60 Hardin cunhou a expressão «tragedy of the commons», ou seja a tragédia dos comuns. Com o fito explicar os eventos que justificavam a existência da tragédia Hardin imaginou um pasto, cuja titularidade sobre a propriedade da terra era comum; permitindo-se assim a qualquer produtor pecuarista, utilizar este pasto, isentando-se de pagar por esta oportunidade. Todavia, explana Hardin, que um destes produtores de gado, passou a indagar-se sobre qual a utilidade ofertada para ele, com o acréscimo de mais um animal ao seu rebanho. Para melhor compreensão desta noção sobre a tragédia dos comuns vd. HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, vol. 162, n.º 3859, ano 1968, p. 1246. Fernando Araújo, preferiu a denominação «tragédia dos baldios», para explicar a distinção entre os bens públicos, os recursos comuns e da propriedade comum. Refere o autor que os recursos comuns assumem-se como não facilitador de exclusão, dado que aqueles que os utilizam não têm a faculdade de exclusão da utilização pelos demais sujeitos. Já a propriedade comum importaria na faculdade para excluir terceiros da sua utilização, atribuída aos utilizadores dos recursos. E, destaca «Temos, pois, que os recursos comuns partilham com os bens públicos as dificuldades de exclusão eficiente, enquanto que os produtos desses recursos comuns partilham com os bens privados a característica de a sua utilização subtrair utilidade ao total disponível – revelando por isso rivalidade no uso, a raiz de que partem problemas como congestionamento, degradação, esgotamento dos recursos.» ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Lisboa: Almedina, 2008. p. 70.

¹⁵⁰ Cabe aqui ressaltar que embora o termo ‘indústrias criativas’ seja muitas vezes utilizado como sinônimo de ‘indústrias culturais’, não são equivalentes, devendo ser considerado ainda que os limites exatos entre os

Na senda do que definiu a UNESCO, entende-se que as indústrias culturais são aquelas que produzem e distribuem bens e serviços de conteúdo criativo que sejam ao mesmo tempo intangível e cultural em sua natureza, sendo, na maior parte das vezes, protegido pelos direitos de autor¹⁵¹.

Entretanto, as indústrias criativas, na concepção elaborada pelos ingleses e internacionalmente adotada, são todas aquelas que requerem criatividade, habilidade e talento, com potencial de produção de riqueza e trabalho, através da exploração do direito intelectual¹⁵².

Observa-se que, neste sentido, estas indústrias criativas incluem as indústrias culturais, sendo mais abrangentes, incluindo atividades – como moda, artesanato e eventos esportivos – que não fazem parte da indústria cultural. Com isso, pode-se afirmar que as indústrias culturais formam um subconjunto dentro do conjunto maior das indústrias criativas.

Frise-se, ainda, que estas obras artísticas caracterizam-se como expressões individuais, mas esta especificação não afasta a hipótese de que elas podem comportar também representações culturais. Na verdade, é comum que assim o seja dado o conteúdo pessoal do autor incorporado à obra e ainda o conteúdo patrimonial nela agregado, em virtude da sua capacidade de exploração econômica, por ser obra única e criativa; melhor dizendo símbolo duma representação cultural, que pode ser ou não própria do autor da mesma¹⁵³.

Aponte-se em boa medida, que a comercialização de bens culturais está diretamente ligada à revolução nos processos de criação destes bens, especialmente em virtude do fenômeno da globalização¹⁵⁴.

significados destes conceitos e as atividades que abrangem não sejam consensuais, até pelo seu caráter de novidade, variando o seu significado conforme o contexto de sua utilização.

¹⁵¹ UNESCO. **International flow of selected goods and services 1994-2003: defining and capturing the flows of global cultural trade**. Disponível em <http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/culture05_en.pdf>. Acesso em 25/05/2008.

¹⁵² UNCTAD. **Creative economy report. The challenge of accessing the creative economy: towards informed policy-making**. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em 20/05/2008.

¹⁵³ Sobre o tema vd. GEERTZ, Clifford. **Local knowledge: further essays in interpretive anthropology**. USA: Basic Books, 1983. p. 95-120.

¹⁵⁴ Estudar o fenômeno da globalização, mesmo utilizando conceitos tradicionais, trata-se de tarefa bastante árdua, primeiro porque é preciso compreender as diversas fases deste fenômeno, que se inicia com o domínio do modelo capitalista de desenvolvimento econômico, mas também humano, que passa por uma fase de quase total ingenuidade, quando afirma a possibilidade da globalização também cultural. Para Boaventura de Sousa Santos a globalização implica num processo através do qual uma determinada organização local amplia a sua atuação a um nível global, alcançando assim a capacidade de designar como locais as condições adversas e as organizações rivais. Todavia, mais adiante o autor aponta que esta capacidade não é homogênea e assim identifica quatro formas de globalização distintas, podendo estas serem aplicadas a condições, fenômenos ou casos diversos. Tais formas são identificadas pelo autor como: Localismos globalizados, Globalismos localizados, Cosmopolitismo e

Todavia, não discordando dos conceitos tradicionais apresentados pelo fenômeno da globalização, mais acertado nesta temática é referir que hoje na sociedade da informação – mola propulsora duma revolução nos meios de comunicação, permitindo uma convergência sem precedentes das informações - é destacar o que concretamente o autor de bens intelectuais deve enfrentar para alcançar o escopo do seu direito de exclusivo, especialmente em face da multiplicação e mundialização dos espaços públicos de transmissão de informação, conhecimento e cultura.

O autor depare-se com um mundo no qual o espaço físico, geográfico não é relevante, as cidades são globais, e enfrentam problemas diversos, mas muitas vezes semelhantes, como por exemplo, as novas formas de migração, crises financeiras, catástrofes ambientais e em especial a multiplicação das tecnologias de comunicação¹⁵⁵.

É assim, que este desenvolvimento apresenta-se como um desafio para autor no seu intento de explorar economicamente o seu direito de exclusivo, em especial pelo fato do novo significado que se apresenta para a sociedade urbana, conectada e convergente, para a qual o espaço geográfico não se apresenta como um obstáculo; mas sim como uma possibilidade aberta para a criação de aldeias globais que num milésimo de segundo partilham e convergem informações múltiplas¹⁵⁶.

Obviamente que diante desta nova realidade cabe ao direito compreender todas as envolventes destes inúmeros fatos que geram efeitos na órbita jurídica e, assim apresentar uma tutela que seja mais adequada, equilibrada à multiplicidade e diversidade de relações que a revolução dos meios de comunicação estabeleceu.

Algumas soluções para o problema que se apresentam para a tutela jurídica destes bens num cenário como este, passam pelo estabelecimento de pactos multilaterais relativos à cultura, como é exemplo a Convenção para a Promoção e Preservação da Diversidade Cultural¹⁵⁷, que foi editada pela UNESCO, tendo sido firmada em 2005, no mês de outubro¹⁵⁸.

A herança comum da humanidade. SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998, 288 pp.

¹⁵⁵ Para melhor compreender esta realidade vd. SASSEN, Saskian. **Cities in a World Economy**. Pine Forge Press, 4. ed., 2012.

¹⁵⁶ Vd. a respeito, WOLTON, Dominique. **Il Faut Sauver la Communication**. Paris: Flammarion, 2005, p. 220.

¹⁵⁷ UNESCO. **Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions**. Paris, 20.10.2005 Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>>.

¹⁵⁸ Vale destacar a previsão contida no art. 20 desta Convenção que estabelece a obrigação dos Estados partes ao interpretarem e aplicarem outros tratados levar em consideração as disposições previstas neste acordo, que em

Refira-se que esta Convenção, destaca, especialmente a diversidade cultural como uma das principais características que definem a identidade humana; por isso é que atribui à mesma um relevante papel na concretização das liberdades fundamentais e garantidora dos direitos humanos¹⁵⁹.

Sem embargo, a humanidade passa por um período de profundas alterações no comportamento dos indivíduos, que se relacionam muito furtivamente com um número imensurável de sujeitos, sem qualquer preocupação de vínculo quer pessoal, patrimonial ou jurídico que esta relação venha a gerar.

De sorte que, é premente a necessidade de um maior domínio sobre o *modus operandi* das novas tecnologias de informação que permitiu o surgimento de múltiplos e diversos meios de comunicação desta nova sociedade da informação. Ou seja, é de grande relevância que a ciência jurídica aproxime-se desta realidade já posta, e passe a compreender o funcionamento das trocas de informação realizadas pelos indivíduos na sociedade da informação.

Não restam dúvidas que o diálogo intercultural é a peça fundamental para a compreensão das novas modalidades de troca de informações entre os diversos entes envolvidos e preocupados em estabelecer uma tutela equilibrada, adequada e proporcionalmente legítima para os desafios que se apresentam da abertura de inúmeros e diversos canais de comunicação, de partilha de informação¹⁶⁰.

E, fora a União Européia a responsável por dar um dos primeiros passos no sentido de concretizar a política estabelecida pela UNESCO na Convenção para a Promoção e

linhas gerais afirma a tutela da diversidade cultural, através da proteção e promoção da liberdade de expressão, informação e comunicação. Vd. o dispositivo referido *in verbis*: «Article 20 – Relationship to other Treaties: Mutual Supportiveness, Complementarity and Non-Subordination 1. Parties recognize that they shall perform in good faith their obligations under this Convention and all other treaties to which they are parties. Accordingly, without subordinating this Convention to any other treaty, (...) (b) when interpreting and applying the other treaties to which they are parties or when entering into other international obligations, Parties shall take into account the relevant provisions of this Convention.» Brasil e Portugal ratificaram esta Convenção, conforme a lista de Estados partes, encontrando-se em vigor desde 18 de março de 2007 e hoje a mesma está ratificada por 83 Estados e ainda pela União Européia. Disponível em <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>>.

¹⁵⁹ Convém anotar que o Brasil promulgou a Convenção para a Promoção e Preservação da Diversidade Cultural através do Decreto 6.177, de 1º de agosto de 2007. BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007.** Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

¹⁶⁰ Sobre o tema vd. WOLTON, Dominique. **Il Faut Sauver la Communication.** Paris: Flammarion, 2005, p.127.

Preservação da Diversidade Cultural; já que destacou o ano de 2008 como o «Ano Europeu para o Diálogo Intercultural»¹⁶¹.

No Brasil, discute-se avidamente no Congresso o Projeto do Marco Civil para a Internet bem como a Proposta para a alteração da Lei de Direitos do Autor.

Anote-se, também que os efeitos da globalização no cenário cultural implicam necessariamente na adoção de certas e concretas medidas dos diversos entes que trabalham direta ou indiretamente com a criação, publicação, reprodução e divulgação do bem intelectual. Em especial identificar qual é o verdadeiro papel dos Estados, neste mesmo cenário, já que são eles os responsáveis por fomentar a adoção duma política adequada para estimular a valorização destes bens e ainda por estabelecer um regime jurídico adequado às necessidades especiais deste bem que não se equipara a qualquer bem comum, pois ele agrega informação, conhecimento, cultura e educação.

Inegavelmente o Estado que cria e fomenta uma política tanto interna como externa para o acréscimo de valor patrimonial, como também de agregação de informação, cultura, conhecimento e educação ao bem intelectual, estará por via distinta promovendo o elevado reconhecimento deste bem, como dissipador de natureza cultural própria. Desta forma o Estado legitima o direito de exclusivo do criador do bem intelectual e ainda promove a sua exploração econômica, facilitando a circulação destes bens; e melhor valoriza as suas expressões culturais próprias¹⁶².

De fundamental importância é analisar o nível de preocupação dos diversos agentes que trabalham quer direta ou indiretamente com a criação, publicação, reprodução e divulgação do bem intelectual; pois quanto maior a curva apontando para elevados níveis de discussão sobre a temática, maior será o empenho destes mesmos agentes para investir no desenvolvimento da

¹⁶¹ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Decisão n.º 1983/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativa ao Ano Europeu do Diálogo Intercultural (2008)**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D1983:PT:NOT>>.

¹⁶² É de nota a posição do Gabinete de Representação Norte Americano do Comércio no seu relatório anual de 2008, que enalteceu a política de recrudescimento do exclusivo autoral pelos Estados com os quais celebrou Acordos de Livre Comércio. Informando, ainda, neste mesmo relatório que os Estados Unidos continuarão a trabalhar em conjunto com estes Estados para a proteção dos direitos intelectuais. GABINETE DE REPRESENTAÇÃO NORTE AMERICANO DO COMÉRCIO. **2008 Special 301 Report**. Disponível em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file553_14869.pdf>.

inovação na criatividade, quer em novas expressões artísticas ou mesmo em novas expressões tecnológicas, que facilitem a circulação destes bens¹⁶³.

Convém ainda destacar que os indicadores de qualidade artística, criatividade, conhecimento e educação que os bens intelectuais possam apresentar, servirão de indicadores, claro em conjunto com outros, para mensurar o grau de desenvolvimento social e económico dum Estado. E, justamente, por conta desta reflexão que a UNCTAD resolveu apresentar um estudo sobre o nível de desenvolvimento da economia criativa e, ainda apontou ser esta uma excelente oportunidade para os Estados em desenvolvimento de elevarem os seus indicadores de desenvolvimento¹⁶⁴.

Cumprir, na verdade esclarecer, sobre este assunto, que juridicamente o grau de proteção do bem intelectual não será mensurado ou mesmo atribuído consoante estes indicadores de qualidade artística, criatividade, conhecimento e educação¹⁶⁵. Mas sem sombra de dúvidas,

¹⁶³ Louve-se a atitude da Comissão de Cultura da União Europeia ao propor instituir em 2009 o Ano Europeu da Criatividade e Inovação, demonstrando assim um elevado nível de preocupação sobre o problema, o que denota um reconhecimento sobre os insumos das atividades económicas fulcradas na circulação de bens intelectuais, o que implica dizer na expressão e projeção destes bens, que são o extrato da criatividade humana. Vd. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Decisão n.º 1350/2008/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao Ano Europeu da Criatividade**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0115:01:EN:HTML>>. Destaque-se a previsão contida no art. 2, desta decisão ao estabelecer que «2. The specific objectives of the Year shall be to highlight, inter alia, the following factors which can contribute to promoting creativity and a capacity for innovation: (a) providing an environment which is favourable to innovation and adaptability in a rapidly changing world; all forms of innovation, including social and entrepreneurial innovation, shall be taken into account; (...)». Ou seja, «Os objetivos específicos do Ano serão os de destacar, entre outros, os seguintes fatores que podem contribuir para a promoção da criatividade e da capacidade de inovação: (a) proporcionar um ambiente favorável à inovação e capacidade de adaptação num mundo em rápida mutação; todas as formas de inovação, incluindo a inovação social e empresarial, devem ser tomadas em consideração; (...)».

¹⁶⁴ É de relevo a observação da UNCTAD a respeito do desenvolvimento da proteção dos intelectuais, dado a proliferação das novas tecnologias de informação. Assim ententeu, que anteriormente a esta evolução tecnológica, a tutela dos direitos intelectuais de modo geral era mais efetiva, na medida em que estava direcionada para a proteção do bem físico. Por isso, com o advento destas novas tecnologias as indústrias criativas empenharam-se em desenvolver uma solução adequada de tutela para a proteção de medidas tecnológicas que dificultam quaisquer atos de reprodução da criação intelectual, fixada em suporte fixo. Como na seguinte passagem do seu Relatório sobre a Economia Criativa, publicado em 2008: «Previously, many IPRs were regulated de facto via the regulation of physical goods in which IPRs were effectively locked up. Much of the commercialization of the creative industries has involved the innovation of new ways to lock up valuable IPRs in physical or virtual containers (encryption is an example)». UNCTAD. **Creative economy report. The challenge of accessing the creative economy: towards informed policy-making**. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em 20/05/2008.

¹⁶⁵ Registre-se, entretanto, que a tutela autoral é independente do mérito da obra, que se reveste numa apreciação sempre subjetiva que não corresponde ao direito, mas sim à crítica, na senda de Baylos, «lo mismo si protegen los versos ramplones que el poema genial», ou seja: «idêntica proteção gozam os versos comuns e os poemas geniais». BAYLOS, Hermenegildo Corroza. **Tratado de derecho industrial**. Madrid: Ed.Civitas, 1978, p. 643. Neste mesmo sentido Ronaldo Lemos e Sérgio Branco, destacam: «É importante esclarecermos que quando se fala em proteção legal dos direitos autorais em nenhum momento se cogita de verificar a qualidade da obra. Os direitos autorais existem para a proteção das obras, que cumpram com os requisitos legais, e não apenas as obras consideradas de qualidade. A definição de qualidade da obra compete à crítica especializada e escapa aos princípios jurídicos. Ao direito compete apenas verificar a presença dos requisitos indispensáveis à proteção do

como já referido em linhas acima, o consumidor ávido por alcançar estes indicadores tenderá a decrescer, para não dizer zerar, a sua disponibilidade para a aquisição do bem intelectual que não apresente tais indicadores.

Contudo, de qualquer sorte, é importante referir que a circulação destes bens intelectuais, pelos múltiplos e diversos canais de distribuição da informação é realizada utilizando-se o regime de proteção de direitos intelectuais existente. Não importando assim o nível de qualidade artística, criatividade, conhecimento e educação que este bem intelectual distribui, nem tão pouco o canal escolhido para a distribuição da informação; pois se trata na mesma de obra protegida em regra pelos direitos de autor.

Pondere-se, todavia, que o monopólio¹⁶⁶ exercido por alguns agentes no controle dos canais de distribuição da informação, vale dizer da qualidade artística, criatividade, conhecimento e educação, ofertada pelo bem intelectual; implica, sem dúvida na necessidade de escolher um determinado bem para massificar a sua circulação e ainda reduzir os custos da informação a ser transmitida¹⁶⁷.

Resultado deste cenário é que também a disponibilidade do consumidor na aquisição deste bem intelectual massificado, estará bastante reduzida ou em muitos casos reduzida a zero.

Na verdade, o que se pretende enfatizar nesta parte da investigação, é que a tutela jurídica da forma como hoje se encontra tipificada, amplia a facilidade para a monopolização dos canais de distribuição da informação; ou seja, facilita a massificação da qualidade artística, criatividade, conhecimento e educação. Por conseguinte, promove a banalização da construção das identidades particulares, interfere na comunicação intercultural e enfraquece de sobremaneira os estímulos criativos¹⁶⁸.

Por isso, é que o papel do Estado em revelar qual o interesse público na circulação e utilização dos bens intelectuais, apresenta-se de extrema relevância. Neste sentido, esta

bem intelectual. Se presentes, o bem será protegido, independentemente de sua qualidade intrínseca como obra intelectual.» LEMOS, Ronaldo e BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. In Redes de Tecnologia Social, Disponível em <http://www.rts.org.br/noticias/destaque-1/arquivos/copyleft_sergio_branco.pdf>, consultado a 12.07.2008.

¹⁶⁶ O Prof. José de Oliveira Ascensão sempre se mostrou preocupado com o fenômeno da massificação da informação, que gera a sua desvalorização no mercado econômico, apontando ainda o estabelecimento de caça às exceções. Cf. ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito de autor no ciberespaço**. IN ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135-137 e p. 130-132.

¹⁶⁷ Conforme o que defende LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. New York: Penguin Press, 2004.

¹⁶⁸ Sobre esta análise ler COOMBE, Rosemary. **The cultural life of intellectual property: authorship, appropriation and the law**. EUA: Duke University Press, 1998, p. 208 e ss.

investigação utilizar-se-á da expressão interesse público para definir aquele resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente relevam, e não propriamente o interesse do Estado como ente público; ou seja, preocupar-se-á com o interesse do indivíduo enquanto considerado em sua qualidade de membro da sociedade e não mais¹⁶⁹.

Importa de relevo esta clarificação terminológica, dado que convém ultrapassar a antiga presunção de que os interesses dos particulares são dissociados de interesse público e; ainda, lembrar que os interesses do Estado, que são próprios enquanto pessoa jurídica, não se confundem com o interesse do indivíduo que passa a ser público quando o seu interesse é incorporado ao interesse comum, já que membro duma sociedade¹⁷⁰.

Afirme-se, portanto, que a sociedade tem como primário o interesse público que corresponde à razão de ser do Estado que se reflete nos fins, de justiça, segurança e bem-estar-social, que deve este promover¹⁷¹. Não é por sorte que constitucionalmente os bens intelectuais são protegidos como o objeto do direito de exclusivo atribuído ao seu criador. Trata-se de garantias atribuídas constitucionalmente como direitos fundamentais¹⁷².

Claro está que não basta o reconhecimento destes direitos como garantias fundamentais; é imperiosa a convivência harmônica das mesmas, com um justo sistema de equilíbrio dos interesses conflitantes no caso. Isto é, os interesses dos criadores que pretendem ver atribuídas à sua criação um valor patrimonial que represente a qualidade artística, criativa, bem como de transmissão de conhecimento e educação; e, ainda os interesses da sociedade que pretende ter acesso aos bens intelectuais, dispondo-se a adquiri-los, desde que o valor fixado a estes bens intelectuais realmente, correspondam a um preço justo que reflete as qualidades a eles atribuídas pelo seu criador.

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52-53.

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. op. cit.

¹⁷¹ É assim que aponta BARROSO, Luiz Roberto. **Prefácio**. IN SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos vs interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. xiii.

¹⁷² Deste modo prevê a Constituição da República Federativa do Brasil: «Art. 5.º (...) XXVII - Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.»

Somente, partindo desta premissa de atribuição de valor aos bens intelectuais, equilibrando-se os interesses conflitantes, como já acima demonstrado, que o sistema jurídico poderá firmemente assegurar, a existência dum sistema jurídico de tutela destes bens que reconheça a justa remuneração a ser atribuída aos criadores de bens intelectuais e a disponibilidade do consumidor em pagar o preço atribuído ao mesmo.

Registre-se, deste modo que este equilíbrio de interesses resultará num sistema jurídico que reconheça o direito de exclusivo do criador intelectual à uma justa remuneração, mas também ao do utilizador desta criação intelectual, resultando assim benefício para toda a sociedade. Denote-se que uma tutela jurídica deste nível incentiva a partilha e a convergência das informações que os bens intelectuais pretendem divulgar à sociedade; o que representa uma excelente compreensão dos papéis que cada um dos interesses que aparentemente são conflitantes, mas na verdade são complementares; dado que um representa a face do outro¹⁷³.

Entretanto, não é este o cenário ideal que se vive na virada do milênio; pois que a revolução dos meios tecnológicos, que permitiu a multiplicação dos meios de distribuição dos bens intelectuais, fora uma vantagem no início apenas conquistada por poucos que detinham conhecimento e capacidade econômica e de gestão.

Note-se que esta mesma revolução dos meios tecnológicos permitiu o recrudescimento dos meios de fiscalização e mais ainda na centralização e monopolização dos mecanismos de circulação dos bens intelectuais; surgindo assim um sistema jurídico desajustado aos inúmeros desafios que o mundo contemporâneo expõe aos diversos agentes que trabalham direta ou indiretamente com a criação de bens intelectuais.

Vale lembrar que hoje o conflito entre os interesses já mencionados seja de qualquer corrente levanta a bandeira do interesse público para justificar a defesa da sobreposição dos seus interesses particulares sobre outros interesses ditos também de ordem particular. Todavia, registre-se que nos últimos anos as vozes daqueles que levantam o interesse público para a defesa de interesses ditos particulares, toma em atenção a possibilidade de acesso gratuito e desbloqueado ao conteúdo da informação que transmite o bem intelectual; e, não propriamente da ampliação do regime de proteção, como vinha sendo regra no discurso em nome do interesse público.

¹⁷³ Vd. sobre o tema DAVIES, Gillian. **Copyright and the public interest**. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 5-8.

Por isso é que representa tarefa do Estado a criação de um sistema de normas que vise equilibrar os diversos interesses em jogo, melhor dizendo o direito de acesso do utilizador do bem intelectual ao seu conteúdo que transmite informação, cultura e educação com a garantia do criador de um bem intelectual em particular poder explorar economicamente a sua criação intelectual, podendo dela retirar à sua justa remuneração¹⁷⁴.

¹⁷⁴ É assim que acertadamente Gillian David acentua na sua obra. DAVIES, Gillian. **Copyright and the public interest**. 2 ed. Londres: Sweet & Maxuell, 2002, p. 5-8.

1.3 A (im)percecibilidade do bem intelectual

Cumpra-se desde já ressaltar que se pretende analisar, neste espaço da investigação, a impercecibilidade ou percecibilidade do bem intelectual, definindo-se, este, acertadamente como a criação de espírito do autor. O que resulta em afirmar que não será preocupação neste ponto estudar sobre a hipótese de percecimento ou não percecimento do corpo mecânico no qual a obra encontra-se fixada. Ou seja, o que se pretende é estudar a possibilidade ou impossibilidade da extinção da tutela do bem intelectual na esfera jurídica do seu criador intelectual.

Frise-se também, com o fito de esclarecer o propósito desta seção do estudo que o direito de autor integra um conjunto de faculdades ou poderes¹⁷⁵, que se confere ao autor sobre a sua obra intelectual. Por isso, inteiramente, razoável afirmar-se que a tutela destas faculdades nasce com a expressão criativa do autor. É dizer, a lei protege a obra desde que ela exista¹⁷⁶.

Pondere-se que fazer da fixação em suporte material uma condição para a concessão da tutela autoral efetivamente, não comporta a melhor técnica jurídica para o regime jurídico europeu continental, adotado pela sistemática jurídica brasileira para os bens intelectuais.

No entanto, por razões óbvias, a Convenção de Berna permite que os Estados signatários determinem como requisito para a atribuição da tutela a fixação em suporte material das obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, como condicionante da proteção autoral. (n.º 2, art. 2.º).

¹⁷⁵ Neste sentido ver: ABRÃO, Eliane. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, pp. 74-79; ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, pp. 21-22; CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo: LTr, 1996, pp. 147-148; SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: LTr, 1999, pp. 99-101; CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. 3.ª ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 1999, pp. 74 a 80; GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4.ª ed. ampliada e atualizada Rio de Janeiro: Record, 2001., pp. 37-38; BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4.a ed., São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 2; COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FDT, 1998, p. 72-76; SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2.a ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 66-67. Rebello, sobre o tema, preleciona o direito de autor como «o conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas, de carácter patrimonial e pessoal, que a lei confere ao autor de uma obra literária ou artística, pelo simples facto da sua criação exteriorizada, a fim de livre e exclusivamente utilizar e explorar ou autorizar que terceiros utilizem e explorem essa obra, dentro do respeito pela sua paternidade e integridade, e de extrair vantagens económicas dessa utilização e exploração». REBELLO, Luís Francisco. **Introdução ao Direito de Autor**. vol. 1, Sociedade Portuguesa de Autores. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 57.

¹⁷⁶ A este respeito Guillermo Ledesma aponta que: «La protección legal nace en principio, de la creación, sean cuales fueren el mérito y el destino de la obra creada. Si hay creación en el dominio literario, científico o didáctico, hay obra intelectual». Ou seja: «A proteção legal nasce com o ato de criação, independentemente do mérito e do destino da obra criada. Se há criatividade, no domínio literário, científico ou educativo, existe bem intelectual.» LEDESMA, Guillermo. **Derecho Penal Intelectual**. 1.ª ed. Argentina: Editorial Universidad, 1992, p. 113.

Registre-se, ainda, que a Convenção não define o que se deve entender por «suporte material», como é óbvio, por razões substanciadas na viabilidade da proteção dos mínimos no âmbito internacional, evitando disparidades entre os ordenamentos jurídicos nacionais¹⁷⁷.

E, esta investigação compreende que a existência de alguns bens intelectuais está intimamente ligada ao seu corpo mecânico; uma vez que a singeleza da criação é quase divina. Ou seja, compreende o estudo ora realizado que muito difícil, ou quase impossível é separar, em alguns casos, a criação de espírito do autor do meio no qual a mesma se encontra fixada. O que implica dizer que o destino da criação de espírito estará amarrado à vida do corpo mecânico ao qual se encontra fixado¹⁷⁸.

Todo este cuidado em distinguir muito bem por quais caminhos percorre a presente investigação, reside no fato de que a discussão não se prende com a (im)perecibilidade daquilo que é tangível, palpável; mas sim do ato de criação em si, que vai para além da materialidade. Pois como é óbvio juridicamente para a doutrina tradicional civil, que tutela os bens pela forma como estes são apropriados fisicamente, deixando o bem de existir fisicamente é impossível a manutenção da proteção conferida pela lei¹⁷⁹.

Como já visto, e retornando à investigação do espaço que ocupa o bem intelectual na economia da informação, é certo que também a análise do conteúdo deste bem em boa medida irá apresentar como este bem contextualizou a informação que pretende circular. Muito provavelmente apresentando este bem informação não aproveitável será ele descartado como objeto da disponibilidade do consumidor geral em adquiri-lo. Mas, ao contrário se este bem

¹⁷⁷ Convém destacar, no entanto, que para a maioria dos Estados com tradição de Common Law, a fixação é uma condição para o reconhecimento da tutela autoral. «Under current law, copyright arises the moment an original piece of expression is fixed in a <tangible medium of expression>. Registration and notice, though encouraged, are not required as a condition of protection.» Ou seja: «Segundo a lei atual, o <copyright> surge no momento de fixação da obra original em um <meio de expressão tangível>. Embora, o registro e o aviso prévio, sejam encorajados, não são exigidos como condição de proteção.» SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright. Stanford Law School**, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008. Mas, já a partir do início de 1976, os Estados Unidos da América passaram de um sistema autoral condicional, que exigia o cumprimento de formalidades para o reconhecimento de direitos de autor, para um sistema incondicional. É de reconhecer-se que se trata de uma grande alteração, refletindo uma ruptura de quase dois séculos de tradição.

¹⁷⁸ Esta observação é importante, na medida em que se estuda aqui a imperecibilidade dum bem, cuja existência não depende de um corpo mecânico. Advirta-se que dada esta natureza fora impossível adequar o direito de propriedade, que atribui efeito jurídico a apropriação física dum bem, para a proteção deste bem único e singular; não restando alternativa ao legislador senão criar uma nova categoria de direitos, mais adequada ao bem jurídico que tutela, que não se reconduz à uma mera materialidade, mas sim à uma singeleza de sentidos e emoções, próprias da natureza humana, que é capaz de transformar o ambiente meramente pela sua capacidade de pensar, sentir e agir diante de um fenômeno ou um fato qualquer.

¹⁷⁹ A referência toma corpo e é relevante, para se clarificar que o bem intelectual é protegido por uma tutela diversa da do direito de propriedade, o que resulta em afirmar que a discussão sobre a imperecibilidade do bem intelectual não poderá ser a mesma atribuída a esta categoria de direitos.

contem informação aproveitável este despertará a disponibilidade do consumidor geral em adquiri-lo.

Aponte-se que esta observação deve levar em consideração a contextualização da informação, que nos moldes acima apresentados leva em conta apenas a disponibilidade do consumidor geral para adquirir o bem intelectual.

Outrossim, não faz muito tempo que grande parte dos intelectuais apresenta uma preocupação extremada com o fenômeno da cultura de massa, que reflete, por conseguinte uma sociedade também de massa, consumidora de bens intelectuais produzidos por esta mesma cultura.

De sorte que, a relevância da informação extraída dum bem intelectual terá maior ou menor valor para o consumidor geral, nesta cultura de massa, se representar frenética e rapidamente uma oportunidade para ascensão a uma posição social.

É bem verdade que a sociedade de massa durante muito tempo sentia a necessidade em adquirir cultura, mas tanto valorizava como desvalorizava o conteúdo do bem intelectual, transformando-o em mera mercadoria. Melhor dizendo, a massa é a matriz donde surgem, no atual momento, diversos conjuntos de novas atitudes em face do bem intelectual.

Refira-se, com pesar, que a quantidade tornou-se qualidade; fora assim que o exponencial crescimento do número de participantes no processo de criação, também transformou o seu modo de participação¹⁸⁰.

Claro está que a mudança do modo de vida da sociedade implica diretamente no modo como ela sente e percebe um bem intelectual, repetindo-se esta atitude ao longo dos períodos históricos. Obviamente que a sensibilidade humana para sentir e perceber um bem intelectual, não irá depender unicamente da natureza ou da posição social que o homem ocupa; mas também da história.

Com efeito, o tempo atual demonstra que dentro da sociedade de massa, encontra-se presente duas tendências igualmente fortes: aquela que exige, por um lado, que o bem intelectual torne-se mais próximo, tanto humana como espacialmente; e a outra que acolhendo as diversas técnicas de reprodução, depreciam o caráter único do bem intelectual¹⁸¹.

¹⁸⁰ BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p.8.

¹⁸¹ Walter Benjamin aponta que a referência à necessidade de tornar o bem intelectual mais próximo do homem, implica em não se levar em conta a sua função social. E compara o caso de um retratista contemporâneo,

Walter Benjamin explica brilhantemente que a evocação de um momento singelo e único, é suficiente para compreender os fatores sociais que provocaram a decadência atual da aura do bem intelectual¹⁸².

Todavia, note-se, mais uma vez, que a tutela jurídica garantida a qualquer bem intelectual não deixará de existir, nem muito menos será graduada se compreendida a noção de aura deste bem. Portanto, a aura poder-se-ia definir como a única aparição de uma realidade longínqua, por mais próxima que esteja.

Neste sentido, após esta única aparição de uma realidade longínqua estar-se-ia diante do perecimento da aura do bem intelectual. Indaga-se, assim, nesta investigação se a aura de um bem intelectual estiver fadada a uma única realidade longínqua, isto implica em afirmar que o este mesmo bem como objeto juridicamente protegido tornar-se-ia perecível?

Para que se possa encontrar uma resposta fulcrada nos ditames da lei e da doutrina convém que se desvende primeiro o que se entende por bem juridicamente protegido, para em seguida verificar qual o conteúdo do bem intelectual e assim decifrar sobre a (im)percebibilidade do mesmo.

Já logo no início dos estudos do Curso de Direito Civil ao estudante é apresentado o Código Civil, e este passa a debruçar-se sobre os dispositivos que disciplinam as regras gerais do Direito Civil, o denominado estudo da parte geral do Código Civil. Em pouco tempo ao iniciante do estudo da Ciência Jurídica é apresentada a noção de sujeitos de direito e deveres, a possibilidade destes constituírem relações jurídicas, gerando efeitos obrigacionais, que visam quase sempre a aquisição de um bem juridicamente protegido.

Ou seja, implica esta análise inicial em afirmar que o bem juridicamente configura-se como objeto dessas relações jurídicas que em geral constituem-se através da celebração de negócios jurídicos. Note-se que a despeito das relações jurídicas estabelecerem a produção de efeitos jurídicos entre os sujeitos contratantes, em face das prestações obrigações às quais se

representando um cirurgião célebre no seu círculo familiar, com um pintor do século XVI, que, como o Rembrandt, da Lição de Anatomia, apresentava ao público de sua época os médicos no exercício da sua arte; afirmando que nada se pode garantir que o primeiro apreenda mais função da sua criação intelectual, do que o segundo. BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 9.

¹⁸² BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 9.

vinculam; na verdade é ele, o bem, que é alvo do interesse das partes, pois desperta o interesse humano pelo seu domínio, melhor dizendo pela sua aquisição, apropriação¹⁸³.

Cedição é que todo e qualquer objeto que possua valor econômico pode vir a configurar-se como objeto de tutela do direito. Destarte, anote-se, que o fator preponderante para a sua caracterização como centro de uma relação jurídica é o interesse que ele desperta nos sujeitos¹⁸⁴.

E é este interesse despertado pelos sujeitos de direitos que implica na necessidade da estruturação duma classificação dos bens juridicamente protegidos. Note-se que a classificação estabelecida pela lei e pela doutrina leva em consideração, não somente a classificação dos bens considerados em si mesmos, mas especialmente a classificação dos bens considerados reciprocamente. Mais ainda, a classificação apresenta-se de forma a estruturar os bens de acordo com o interesse que desperta face à sua valoração econômica, forma, abundância ou escassez, mobilidade, etc.

Ademais, esclareça-se, a necessidade de realizar-se uma distinção tradicional entre coisa e bem; pois que bem é gênero e coisa é espécie¹⁸⁵. Conforme ensina Teixeira de Freitas¹⁸⁶, coisa é tudo que possui existência material e suscetível de valoração, por conseguinte, passível de apropriação. Assim, a espécie coisa implica a necessidade de ser tangível, palpável.

Ressalte-se, porém que nem todas as coisas são objetos de apropriação, uma vez que a despeito de úteis, não são raras, ao contrário são abundantes, sendo por isso impossível a sua valoração¹⁸⁷. Portanto, tudo aquilo que tenha utilidade e seja passível de valoração econômica, é considerado um bem juridicamente protegido¹⁸⁸.

¹⁸³ Frise-se, ainda, que o bem, comumente afigura-se como o objeto da disputa litigiosa entre os sujeitos de direito; portanto, neste sentido é tarefa do direito a regulamentação das relações constituídas que vislumbram a aquisição de bens, por forma a tutelá-los adequadamente.

¹⁸⁴ Não se pode deixar ao largo a identificação de bens jurídicos que não possuem valor econômico; muito embora isto não implique na ausência de proteção dos mesmos pelo direito. São exemplos desta categoria de bens juridicamente protegidos os direitos da personalidade, que se afiguram como indisponíveis, pois que irrenunciáveis e intransferíveis.

¹⁸⁵ É o que ensina a doutrina clássica brasileira, vd. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁸⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil, Esboço**. Brasília, Ministério da Justiça – Departamento de Imprensa Nacional (coedição com a Universidade de Brasília), 1983.

¹⁸⁷ Tais coisas são denominadas de res communes, e são exemplos desta espécie o ar, a luz, as estrelas, o mar. Por isso, importa anotar que as coisas comuns são de domínio público, portanto sendo impossível a sua apropriação por um particular. Neste sentido vd. TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXV.

¹⁸⁸ Na clara lição de Francisco Amaral, identifica-se que o conceito de bem é histórico, dado que o escopo da utilidade pode variar conforme as distintas fases da cultura do homem; mas também pode ser denominado de

Mas e o bem imaterial, de que trata esta investigação? Obviamente que a importância do mesmo não se revela tão somente neste trabalho, mas também para grande parte dos sujeitos de direitos e deveres que constituem relações jurídicas, cujo objeto trata-se duma prestação obrigacional que envolva a transmissão de um bem desta natureza, no caso deste estudo especificamente dum bem intelectual.

De mais a mais a noção de imaterialidade releva interesse à Ciência Jurídica, quando se constata que há diferença entre a criação da coisa, bem corpóreo, tangível e a criação do bem incorpóreo, isto é imaterial.

Aponte-se que o processo de criação do bem intelectual, no caso ora em tela, resulta não propriamente na hipótese de apropriação, dado ser fisicamente impossível apropriar-se de algo que não é tangível; mas sim na atribuição de um direito de exclusivo que permita ao seu criador de alguma forma atribuir-lhe valor¹⁸⁹.

Muito embora a criação imaterial não transmita de logo, intrinsecamente a escassez exigida para transformá-lo em bem econômico - melhor referindo para que seja viável a produção intelectual como uma atividade lucrativa de produção econômica – esta escassez deve ser criada, mesmo que artificialmente pela lei. Sem a escassez do bem intelectual conformada pela lei quando esta atribui ao seu criador um exclusivo para explorá-lo economicamente, seria tarefa impossível, conferir economicidade ao mesmo¹⁹⁰.

relativo, já que a variação referida acima é verificada levando-se em conta as diversas necessidades humanas. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 309. Denote-se, ademais que o Código Civil brasileiro adotou a noção de bem defendida por Clóvis Beviláqua, isto é, compreendem quer valores materiais como imateriais, sendo passíveis de constituírem-se como objeto duma relação jurídica. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos estados Unidos do Brasil, comentado**. vol I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, art.43.

¹⁸⁹Tullio Ascarelli, sobre o bem intelectual identifica que existe também uma relação jurídica estabelecida diretamente sobre a criação intelectual e não exclusivamente sobre o valor deste, que é conferido ao seu criador quando a lei atribui-lhe a exclusividade na exploração econômica do mesmo. ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**. Barcelona: Bosch, 1970, p. 289

¹⁹⁰Sobre o assunto vd. BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual. Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 5-6. E ainda, HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3.^a ed., São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, pp. 69-80. Anote-se que Tullio Ascarelli, faz distinção entre o ato de criação em si e a criação intelectual objetivamente identificável. Nesta senda afirma o autor que a criação intelectual corresponde a exteriorização do ato de criação. Para fins de clarificar o que pondera o autor utiliza o exemplo da criação cinematográfica, apontando que esta se configura no corpo mecânico que exterioriza, ou seja, que torna tangível e corporifica a obra audiovisual cinematográfica em produto industrializado. Assim, o suporte de tal obra audiovisual cinematografia é a forma de sua exteriorização, enquanto a obra cinematográfica em si compreende o conjunto de criações intelectuais difusas, mas que foram concentradas no mesmo corpo mecânico. ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**. Barcelona: Bosch, 1970, p. 264 e ss.

Obviamente que se a atribuição da tutela jurídica pela lei considerasse a aura como um critério para a concessão da proteção, não restariam dúvidas quanto ao perecimento da tutela sobre o bem, pelo menos enquanto juridicamente existente; dado que o valor atribuído ao mesmo conformar-se-ia no zero, não se justificando mais a lei conferir ao seu criador um direito de exclusivo, indicando assim, claramente que o bem deve cumprir a sua função social.

Em tempos de revolução tecnológica e da multiplicação dos meios de reprodução esta resposta causaria pânico no seio da indústria de edição e reprodução de bens intelectuais. E não representaria a cultura de massa estampada pela atual sociedade, dado que as massas procuram em geral no bem intelectual diversão. Mas, em sentido contrário tem-se o escopo da aura deste bem que é defendida com ferocidade pelo seu criador que procura e exige concentração.

Registre-se, que a significação social que habita o bem intelectual em si mesmo, não é idêntica à sua posição e função social. Na verdade, não é seguro a existência de harmonia entre as duas esferas; aliás, hoje a contradição entre ela é essencial.

O excelente bem intelectual, o que transmite informação, cultura, conhecimento e educação, pode tornar-se simples ideologia, isto é, aparência meramente aceita na sociedade. Fato é que a circulação de bens intelectuais desta natureza transforma o mesmo em bens de cultura, chegando até mesmo a oferecer prestígio ao consumidor que o adquire; mas as emoções, a aura, aquela única aparição de uma realidade longínqua desaparece¹⁹¹. O que resulta em afirmar que a essência do bem perde-se, degrada-se.

Fundamente-se, que em tempos de revolução tecnológica, de convergência da informação, de multiplicidade dos meios de reprodução, a possibilidade de reprodução perfeita existe; em alguns casos, especialmente nas mídias digitais, a cópia, por haver passado por diversos processos de digitalização e afinamento acaba por apresentar melhor técnica de som e imagem, sem falar na redução dos kapabites para armazenamento, o que implica numa melhora do sistema responsável tecnicamente pela reprodução do bem intelectual.

¹⁹¹ BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 9.

Porém, muito embora a tecnologia ofereça este nível de perfeição, é relevante frisar que algumas espécies de bens intelectuais¹⁹², somente apresentarão autenticidade¹⁹³ e unidade de sua presença no próprio local onde se encontra.

Ademais, anote-se, como já destacado em linhas acima que a tutela conferida ao bem intelectual pelo direito de autor, considera este bem como uma manifestação do espírito de seu criador¹⁹⁴. Encarrega-se, portanto, o direito de autor, de proteger as obras fruto do engenho humano, sem importar o gênero, a forma de expressão, ou o mérito que apresentam¹⁹⁵. Assim, o que recebe a proteção do direito de autor não é o objeto em si, nem a ideia ou a solução de um problema técnico, mas sim a expressão criativa do autor¹⁹⁶.

¹⁹² Como por exemplo as obras de artes plásticas, as obras arquitetônicas.

¹⁹³ Benjamin utiliza o termo *hic et nunc* para definir autenticidade. BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p.4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p.7.

¹⁹⁴ Num excelente trabalho de jurisprudência selecionada Ricardo Parilli, colaciona uma decisão administrativa de 14.11.2002 da Direção Nacional de Direito de Autor, da Colômbia neste sentido «El derecho de autor se encarga de la protección de las creaciones fruto del ingenio en el campo literario y artístico, sin importar el género o la forma de expresión, o el mérito artístico o científico con que se haga. Tal protección surge a la vida jurídica desde el momento de la creación misma, sin que se imponga formalidad alguna para ello». Ou seja: «O direito de autor encarrega-se da proteção das criações fruto do engenho humano no campo literário e artístico, sem importar o gênero ou a forma de expressão, ou o mérito artístico ou científico que apresentem. Tal proteção surge no mundo jurídico desde o momento da própria criação, sem impor quaisquer formalidade para a mesma». PARILLI, Ricardo Antequera. **Jurisprudencia internacional sobre el derecho de autor y derechos conexos**. CERLEALC - Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, disponível em <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=990>>, consultado a 27.11.2007.

¹⁹⁵ A tutela autoral é independente do mérito da obra, que se reveste numa apreciação sempre subjetiva que não corresponde ao direito, mas sim à crítica, na senda de Baylos, «lo mismo si protegen los versos ramplones que el poema genial», ou seja: «idêntica proteção gozam os versos comuns e os poemas geniais». BAYLOS, Hermenegildo Corroza. **Tratado de derecho industrial**. Madrid: Ed.Civitas, 1978, p. 643. Neste mesmo sentido apontam Ronaldo Lemos e Sérgio Branco: «É importante esclarecermos que quando se fala em proteção legal dos direitos autorais em nenhum momento se cogita de verificar a qualidade da obra. Os direitos autorais existem para a proteção das obras, que cumpram com os requisitos legais, e não apenas as obras consideradas de qualidade. A definição de qualidade da obra compete à crítica especializada e escapa aos princípios jurídicos. Ao direito compete apenas verificar a presença dos requisitos indispensáveis à proteção do bem intelectual. Se presentes, o bem será protegido, independentemente de sua qualidade intrínseca como obra intelectual.» LEMOS, Ronaldo e BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. In Redes de Tecnologia Social, Disponível em <http://www.rts.org.br/noticias/destaque-1/arquivos/copyleft_sergio_branco.pdf>, consultado a 12.07.2008.

¹⁹⁶ Salientando este aspecto Miguel Emery, considera que uma obra é: «una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación (...). Toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos de ser hechos públicos y reproducidos (...) expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral». Ou seja: «uma criação da inteligência, com notas de originalidade e significação (...). Toda expressão pessoal da inteligência que tenha individualidade, que desenvolva e expresse, de forma integral, um conjunto de ideias e sentimento que esteja apto a ser reproduzido publicamente (...) expressão pessoal, original e inovadora da inteligência, resultado da atividade do espírito que tenha individualidade, que represente ou signifique algo e seja uma criação integral». EMERY, Miguel Ángel. **Propiedad Intelectual**. Editorial Astrea. Argentina: 2003 p. 11.

Registre-se, que tal norma foi incorporada no n.º 2, do art. 9.^o¹⁹⁷ do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio¹⁹⁸ e, ainda no art. 2 do Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor¹⁹⁹. Neste sentido, trata-se de um princípio de alcance mundial²⁰⁰.

Em bom juízo, o conteúdo da proteção conferida ao bem intelectual, pelo direito de autor, é complexo comportando duas realidades distintas, a pessoal e a patrimonial; compondo-se, cada uma delas, de faculdades individualizadas. Na senda do Prof. Dr. José Alberto Vieira, referindo-se às realidades pessoais e patrimoniais que comportam o direito de autor, «ambos os poderes interpenetram-se profundamente, numa constante interação»²⁰¹.

¹⁹⁷ «A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais.» n.º 2, do art. 9.º do Acordo TRIPS / ADPIC. Para a leitura completa do Acordo em língua portuguesa, vd. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio**. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>.

¹⁹⁸ Hoje, qualquer Estado que pretenda aderir à Organização Mundial do Comércio, obrigatoriamente, deve aderir ao Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionadas com o Comércio, como contrapartida da abertura dos mercados internacionais. Para uma análise detalhada sobre a matéria, vd. RATO, Gonçalo Moreira. **O Acordo TRIPS/ADPIC: Avaliação**, in AA VV., Direito Industrial, vol. II, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pp. 281-387.

¹⁹⁹ Vd. *In verbis* o referido dispositivo do Tratado OMPI sobre Direitos de Autor: «Article 2. Scope of Copyright Protection. Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.» Ou seja: «Art. 2. A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT**. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

²⁰⁰ Na senda de Claude Colombet, em obra de edição da UNESCO, em que examina e compara a totalidade dos sistemas jurídicos da Terra: «En effect, le droit d'auteur créant un monopole au profit du createur, droit qui est vigoreusement sanctionné, il serait paralysant de tolerer cette mise sous tutelle des idées; les créations seraient entravées par la nécessité de réquerir l'autorisation des penseurs: on imagine, par exemple, que dans le domaine scientifique, toute narration des progrès serait difficile puisqu'elle imposerait l'accord des savants, dont les idées auraient été à la base de decouvertes (...) Aussi cette exclusion des idées du domaine d'application du droit d'auteur este-elle une constante universelle». Ou seja: «Com efeito, criando o direito de autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tornar-se-ia paralisante tolerar que esta tutela recaísse sobre as idéias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores: pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil por que elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as ideias seriam a base das descobertas. (...) Também esta exclusão das idéias do domínio do direito do autor é uma constante universal» COLOMBET, Claude. **Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde**. 2.^a ed., Paris: LITEC / UNESCO, 1992, p. 10. No mesmo sentido, vide também COLOMBET, Claude. **Propriété Littéraire et artistique et droits voisins**. 9.^a ed., Paris: Dalloz, 1999, p. 20 e ss; LUCAS, André e LUCAS, Henri-Jacques **Traité de la propriété littéraire et artistique**. 3.^a ed., Paris: LITEC, 2006, p. 30 e ss.

²⁰¹ VIEIRA, José Alberto. **A estrutura do Direito de Autor no ordenamento jurídico português**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, 1990, p. 12. Refira-se, ainda, na mesma senda do que pondera José Alberto Vieira que essa concepção dualista revelada pelos arts. 22 e 9.º do Código de Direito de Autor e Conexos é reforçada pelo disposto nos arts. 28 e 56, 1, do mesmo diploma. Todavia, apresenta-se insuficiente para explicar a proteção pela lei conferida aos direitos de sequência e de compensação complementar, regulados quer no ordenamento jurídico português, nos arts. 49.º e 54.º do Código

Assim, é oportuno frisar seguindo este mesmo raciocínio que a estrutura do direito de autor é mista, incorporando assim faculdades pessoais, patrimoniais e para alguns autores, também, remuneratórias²⁰². Note-se claramente que para o deslinde sobre o perecimento ou não perecimento do bem intelectual é oportuno compreender a tutela conferida ao mesmo pela lei.

Portanto, óbvio está que as faculdades pessoais dos direitos são constituídas de direitos indisponíveis e irrenunciáveis; ou seja, têm o condão de proteger a honra e a reputação do autor enquanto criador de um bem intelectual. Já as faculdades patrimoniais são compostas pela categoria de direitos patrimoniais, sendo assim estes disponíveis.

É sempre bom lembrar que a utilização do bem intelectual é exercida de forma independente, concretizando-se o direito de exclusivo do autor em cada uma destas utilizações transferidas a terceiro mediante pactos que podem envolver a transferência de faculdades patrimoniais, e até mesmo de algumas faculdades pessoais ou de ambas²⁰³, quer gratuita ou onerosamente²⁰⁴.

Afirme-se assim, sem receios que é possível defender a ideia de imperecibilidade do bem intelectual, que se encontra identificada na criação de espírito do autor. Mas esta imperecibilidade reside agora defendida no escopo pessoal do direito de autor; uma vez que é este o responsável por conferir ao autor a defesa da sua personalidade, melhor referindo da expressão da sua personalidade criativa manifestada pelo bem intelectual²⁰⁵.

de Direito de Autor e Conexos, como no brasileiro no art. 38 da Lei n.º 9.610/98. BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>

²⁰² Sobre a inclusão das faculdades remuneratórias no conteúdo vd VIEIRA, José Alberto. **A estrutura do Direito de Autor no ordenamento jurídico português**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, 1990.

²⁰³ Lembre-se que os direitos pessoais, são direitos extrapatrimoniais, admitindo-se a existência de direitos extrapatrimoniais puros - quando a lei proíbe inclusive a cessão do seu exercício - e direitos extrapatrimoniais não puros - quando a lei permite a cessão do seu exercício.

²⁰⁴ Como bem pondera Alexandre Dias Pereira, na *world wide web* as formas típicas de utilização do bem intelectual não se configuram nos moldes comumente encontrados no mundo analógico, compreendendo, portanto, na análise do referido autor, quatro espécies distintas do direito de exclusivo do autor, a saber: a reprodução, a comunicação ao público, a distribuição e a transformação. E completa: «O critério delimitador do exclusivo do autor era tradicionalmente a destinação pública do acto. Assim, a reprodução, a comunicação, a transformação ou a distribuição, quando feitas exclusivamente na esfera privada e sem contrapartidas lucrativas, eram actos excluídos do direito de autor. O gozo que se proporcionasse das obras nessas circunstâncias escaparia ao controlo do exclusivo. Por outras palavras, o direito de autor não franquearia as portas privadas da intimidade pessoal. Mas, estas noções clássicas estão em mutação por causa do ambiente digital em rede interactiva que constitui o paradigma tecnológico da Internet». PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de Autor, da Imprensa à Internet**. Cyberdifusão Jun/013, Cyberscopio. Disponível em <http://www.cyberscopio.net/artigos/tema3/cdif_01.pdf>, consulta a 13.11.2007.

²⁰⁵ Aliás, valendo da legislação brasileira como exemplo, claro fica que a tutela a estas faculdades inclusive ultrapassa a vida do próprio criador intelectual, como bem estabelece o § 3.º do art. 24 da Lei n.º 9.610/98.

As faculdades pessoais do direito de autor, esclarecidas em linhas acima, apresentam características semelhantes aos direitos de personalidade, pois ambos são inalienáveis e irrenunciáveis²⁰⁶. Refira-se, ainda sobre estes direitos pessoais que há impossibilidade de transmissão total dos mesmos, desta forma o autor não se despe, pelo menos totalmente, de tais faculdades²⁰⁷.

Mas, por outro lado considerando-se o bem intelectual como sinal representativo das emoções, a aura, aquela única aparição de uma realidade longínqua desaparece, não é possível defender a imperecibilidade da tutela do bem intelectual, nem tão pouco das suas faculdades pessoais; dado que, seguindo este raciocínio representativo a essência do bem perde-se, degrada-se, logo após o termo desta aparição de traço único.

Sem embargo, o ordenamento jurídico não fora construído, como anteriormente estudado nesta investigação, identificando o bem intelectual como mera representação dos sinais de emoção; mas sim, incorporando-se a noção de que o bem intelectual representa a exteriorização do espírito criativo do autor, sendo a ela conferida tutela pelo direito de autor. Assim, vislumbrando a proteção conferida ao bem intelectual, que identifica no mesmo a existência de faculdades pessoais é impossível defender o perecimento do bem e da sua tutela, mesmo na hipótese de transferência de algumas destas faculdades ou mesmo do corpo físico da criação de espírito, futo do engenhoso intelecto humano.

²⁰⁶ É assim que refere a lei brasileira de proteção aos direitos do autor, Lei n.º 9.610/98 no seu art. 27 que prescreve «Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. E da mesma forma o Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal no seu art. 56, 2 dispõe que «Este direito é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor, nos termos do artigo seguinte». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

²⁰⁷ A lei brasileira de proteção aos direitos do autor, Lei n.º 9.610/98 no seu art. 49, inciso I determina a proibição da transmissão total das faculdades pessoais do direito de autor, deixando assim aberta a possibilidade para a transmissão parcial, bem como a oneração destas faculdades. Reforça mais ainda esta compreensão o dispositivo da mesma lei que admite a transferência aos sucessores do autor, no caso da sua morte, as faculdades pessoais de reivindicação da paternidade, de identificação, do anonimato, do inédito e de integridade. BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Já o Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal em seu art. 42º, ao apresentar os limites da transmissão e da oneração, determina que «Não podem ser objecto de transmissão nem oneração, voluntárias ou forçadas, os poderes concedidos para tutela dos direitos morais nem quaisquer outros excluídos por lei». No entanto, esta previsão não implica na impossibilidade do titular dos direitos pessoais estabelecer alguma limitação se esta for contemplada dentro dos limites da ordem pública. Este entendimento que se depreende da análise do art. 81, 1, do Código Civil Português, pois este dispositivo cuida da limitação voluntária dos direitos de personalidade. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

Aliás, o bem intelectual mesmo que esgotado o direito de exclusivo do autor²⁰⁸ para explorá-lo economicamente, transforma-se em bem que caiu em domínio público, o que implica em afirmar que o exclusivo patrimonial do autor conferido pela lei fora encerrado, pelo transcurso do tempo, também previsto na lei²⁰⁹.

Incorporando-se o bem intelectual ao domínio público equivale afirmar que este retorna ao seu lugar de origem inicial, ou seja, na disponibilização de uso para todos, tendo sido encerrado o exclusivo do autor que não se compreende como originário, mas sim atribuído pela lei.

Desta observação, fica assim claro, que as faculdades patrimoniais do direito de autor, são exauridas pelo fim do exclusivo atribuído ao autor pela lei. Portanto, o bem intelectual retorna ao seu estado natural de utilização livre.

1.3.1 A (im)perecibilidade e a transferência de direitos

Na seção anterior esta investigação já tocou no problema da transferência dos direitos de autor; apontando, inclusive, que esta problemática não pode e não deve ser analisada de forma rasa, dado que implica a análise da transferência de não só um direito, mas de vários e com características diversas.

Como visto, o direito de autor apresenta-se complexo, pois o seu conteúdo comporta a reunião de diversas faculdades, atribuindo-se ao autor, direitos que têm como missão a proteção da sua criação de espírito, o que equivale a dizer do bem intelectual que produziu²¹⁰.

²⁰⁸ Utilizando, mais uma vez a legislação brasileira como exemplo, observa-se que a tutela jurídica das faculdades patrimoniais do autor é temporária, perdurando até «setenta anos contados de 1.º de janeiro do ano subsequente» à morte do autor. Cf. art. 41, da Lei n.º 9.610/98. BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

²⁰⁹ Oliveira Ascensão chega mesmo a ponderar que «Não há nenhum princípio pelo qual toda a vantagem econômica terá de reverter necessariamente para o autor e seus sucessores ou transmissários.» Ascensão, José de Oliveira. **A Questão do Domínio Público**. in CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord), Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem à Prof.ª Dr.ª Maristela Basso. 384p, v.2, 2008, p. 173.

²¹⁰ Rebello identifica o direito de autor como «o conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas, de carácter patrimonial e pessoal, que a lei confere ao autor de uma obra literária ou artística, pelo simples facto da sua criação exteriorizada, a fim de livre e exclusivamente utilizar e explorar ou autorizar que terceiros utilizem e explorem essa obra, dentro do respeito pela sua paternidade e integridade, e de extrair vantagens económicas dessa utilização e exploração». REBELLO, Luís Francisco. **Introdução ao Direito de Autor**. vol. 1, Sociedade Portuguesa de Autores. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 57.

Note-se ainda, que fora devidamente apontado que este conteúdo complexo é assim reconhecido pela conformação do direito de autor em diversos escopos, quais sejam pessoais, patrimoniais e remuneratórios. Tendo sido, ainda destacado que tais faculdades são independentes entre si, conferindo ao autor, por conseguinte, não um só direito, mas sim diversos; uma vez que garantem a possibilidade do autor exercê-los de modo autônomo e independente dos demais.

De mais a mais, frise-se que esta natureza híbrida do direito de autor reconhece ao criador da obra de espírito um conjunto de direitos que, como já dito, são independentes; o que para a doutrina civil tradicional escapa do âmbito da normalidade, uma vez que reconhece mediante um único ato jurídico, aqui representado pelo ato de criação, diversos direitos que são principais e não acessórios, já que a existência de um não depende da existência do outro.

Indo mais além, conforme também já apontado, a existência do bem intelectual independe do corpo mecânico no qual ele se encontra fixado. Mas, claro está, como fora referido em linhas acima que a sutileza de determinadas espécies de criação intelectual, irão alterar esta perspectiva, uma vez que a vida do bem intelectual estará de fato ligada ao corpo físico no qual ela se prende²¹¹.

Ademais, esta seção, avançando no estudo da (im)percecibilidade da tutela sobre o bem intelectual, verificará se os atos de transferência das faculdades diversas atribuídas ao autor, que são exercidas autônoma e independentemente, já que cada uma delas corresponde a um direito principal, irão trazer consequências para a manutenção da proteção sobre a criação de espírito do autor²¹².

Aponte-se, conforme já referido que tais faculdades, integram diversos escopos com características distintas, sendo reconhecidas, em regra geral como pessoais e patrimoniais. Assim esta seção preocupar-se-á em estudar de que forma a transferência destas faculdades com escopos diversos afetar a solução sobre a imperecibilidade da tutela sobre o bem intelectual.

²¹¹ Como exemplo desta espécie de bem intelectual, tem-se as obras de artes plásticas.

²¹² Anote-se que já fora devidamente esclarecido que nesta parte da investigação o estudo sobre a imperecibilidade, reside não no corpo mecânico, ou seja na tangibilidade do bem; mas sim na criação de espírito do autor, que como visto surge imediatamente ao ato de criação, independentemente do elemento da fixação.

Em certa medida, parte da solução já fora avançada, pois que se afirmou a possibilidade de defender a ideia de imperecibilidade da tutela que reside na criação de espírito do autor²¹³.

Tratando-se, entretanto da transferência dos diversos direitos que integram a esfera jurídica de proteção deste bem, é que convém mais detalhadamente analisar o problema, sem esquecer de lado que a transferência do corpo mecânico ao qual se fixa a criação de espírito, não implica para o autor a extinção do bem intelectual na sua esfera jurídica; uma vez que a lei tutela a imaterialidade.

Ou seja, em sede de bens intelectuais, forçoso é conviver com duas qualidades de existência do bem, a corpórea e a incorpórea. Assim é que enquanto existência incorpórea, o bem intelectual é imperecível; pois, mesmo que esquecido pode num futuro próximo ou mesmo remoto ser vivificado como fruto do patrimônio cultural, sinal identificador de beleza e unicidade do saber, sentir e expor emoções humanas²¹⁴. Submetendo-se, ao contrário, a sua existência corpórea ao tempo de perecimento dos bens físicos, expostos que estão ao desgaste natural.

Sobre o escopo pessoal da tutela conferida pelo direito de autor à criação de espírito do homem, registre-se que este se apresenta como a tutela garantida à projeção pessoal do seu traço criativo, objeto do intelecto humano. Assim, como traço distintivo da personalidade do autor, genericamente as faculdades pessoais do direito de autor possuem características que se assemelham aos direitos da personalidade. O que implica em afirmar que são estes indisponíveis, ou seja, irrenunciáveis e intransferíveis²¹⁵.

²¹³ Ricardo Parilli, avança com algumas características da obra como objeto do direito de autor, quais sejam: «1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario artístico o científico. 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión mérito o destino. 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad». Ou seja: «1. Que a obra deve ser resultado do talento criativo do homem, no domínio literário, artístico ou científico. 2. Que essa proteção é reconhecida com independência do gênero da obra, sua forma de expressão, mérito ou fim. 3. Que esse produto do engenho humano, pela sua forma de expressão, exige características de originalidade.» PARILLI, Ricardo Antequera. **El Nuevo Regimen del Derecho de Autor en Venezuela**. Venezuela: Autoralex, 1994, p. 32.

²¹⁴ Walter Benjamin anota «Em outras palavras: o valor único da obra de arte “autêntica” tem sempre um fundamento teológico, por mais remoto que seja: ele pode ser reconhecido, como ritual secularizado, mesmo nas formas mais profanas do culto do Belo». BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p.4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p.6.

²¹⁵ Aprofundando o estudo destas faculdades pessoais, cumpre ressaltar que comumente a lei utiliza a expressão moral para denominá-las. Mas, refira-se que a utilização da expressão «direito moral», não se apresenta de boa técnica jurídica para designar que o termo quer significar as faculdades de caráter pessoal do direito de autor. José de Oliveira Ascensão, neste mesmo sentido, informando que a terminologia “direito moral”, importada da língua francesa, sem a devida tradução, já que significava direito pessoal, em oposição a direito patrimonial aponta: «Advirto desde já que falo em direito pessoal de autor e não em direito moral, porque o qualificativo moral é uma importação da língua francesa que nada justifica na nossa língua». Ascensão, José de Oliveira. **A**

Historicamente, portanto, apenas convém decifrar como o direito de autor nasce para a ordem jurídica, afastando-se, portanto das valorações morais, que são sensoriais, emotivas e meritórias, uma vez que esta axiologia não é própria da proteção conferida ao bem intelectual objeto do direito de autor, pois não considera tais indicadores como critérios para a tutela jurídica.

É sabido que o direito de autor surge quase nos moldes atuais, entre os séculos XVIII e XIX e desde logo reconhece a necessidade da atribuição da proteção dado o fomento que a mesma representa para o ato criador. Os primeiros argumentos que defendiam a natureza jurídica da proteção que se pretendia estabelecer era a de que uma proteção desta natureza reconheceria a especificidade da criação intelectual como ato do engenho humano, sublime e único. O que garantiria ao autor do bem intelectual, uma qualidade de vida facilitadora da grandiosidade do seu engenho humano criativo; permitindo assim a ele o exclusivo por um período de tempo curto para explorá-lo perante a sociedade ávida pelo acesso a este bem único e singular²¹⁶.

Todavia, aponta Oliveira Ascensão que o direito de autor vem-se afastando ao longo dos anos, cada vez mais, desta vontade do legislador de proteger o engenho criativo do intelecto humano, que é singular, único e particular, passando a «proteger as banalidades da sociedade de massas; em vez de ser um instituto de conciliação de interesses públicos e privados»²¹⁷. O que equivale a dizer que o direito de autor passa a ser absoluto, confundindo limites com exceções; esquecendo, portanto, que o exclusivo, fictamente atribuído pela lei, ao autor deve ser conferido tendo em consideração a engenhosidade do intelecto criativo humano e não o desenvolvimento da indústria que quase sempre é titular de faculdades patrimoniais.

Questão do Domínio Público. in CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord), Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem à Prof.^a Dr.^a Maristela Basso. 384p, v.2, 2008, p. 176. Vale mencionar apenas que a expressão «direito moral» é, entretanto, bastante corrente. O próprio Código de Direito de Autor e Conexos, em má redação do art. 9º, aparenta realizar uma ressalva que os direitos de natureza pessoal são denominados direitos morais. A lei brasileira de direitos de autor, a Lei n.º 9.610/98, destarte não conhece outra expressão que não a seja a de «direitos morais», para referir-se à categoria de direitos pessoais do autor. Convém, neste sentido, pontuar que a ordem da moral diverge da ordem do direito. As tentativas de encontrar os limites da Moral e do Direito são inúmeras, mas se ligadas a uma teoria de valores, resultam em compreender que a ordem jurídica pode ser valorizada como moral ou imoral, justa ou injusta. Esta valoração implica em decodificar a existência duma relação entre a ordem jurídica e apenas um dos inúmeros sistemas de moral, que enuncia como relativo e não absoluto o juízo valorativo. Note-se que esta afirmação resulta em concluir que a validade da ordem jurídica independe da concordância ou discordância com um dos diversos sistemas de moral. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. 2.^a ed. Tradução José Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 67-76.

²¹⁶ Como afirma o Prof. José de Oliveira Ascensão durante muito tempo, mesmo em época de exaltação do liberalismo, «o primado do interesse público comandou a estruturação do Direito de Autor». ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor sem autor e sem obra**, in Direito da Sociedade da Informação, vol. VII, APDI/Coimbra Editora, p. 27-49, 2008, p. 32.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor sem autor e sem obra**, in Direito da Sociedade da Informação, vol. VII, APDI/Coimbra Editora, p. 27-49, 2008, p. 32.

É assim que os dispositivos legais sobre a matéria passam a admitir atos de cessão total das faculdades patrimoniais que incorporam o direito de autor, como também de parcela destas faculdades patrimoniais, conforme anteriormente estudado nesta investigação. Por exemplo, a lei brasileira de proteção aos direitos do autor, a Lei n.º 9.610/98 que no seu art. 49, inciso I determina a proibição da transmissão total das faculdades pessoais do direito de autor²¹⁸.

Outro exemplo, já destacado, é o do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal que em seu art. 42º, ao apresentar os limites da transmissão e da oneração, determina que «Não podem ser objecto de transmissão nem oneração, voluntárias ou forçadas, os poderes concedidos para tutela dos direitos morais nem quaisquer outros excluídos por lei». No entanto, esta previsão não implica na impossibilidade do titular dos direitos pessoais estabelecer alguma limitação se esta for contemplada dentro dos limites da ordem pública. Este entendimento é o que se depreende da análise do art. 81, 1, do Código Civil Português, pois este dispositivo cuida da limitação voluntária dos direitos de personalidade.

Anote-se, assim, que não é possível defender a perecibilidade das faculdades pessoais do direito de autor, pois como analisado estas apenas podem ser parcialmente transferidas a terceiros, por ato inter vivos ou mortis causa, onerosa ou gratuitamente.

Quanto às faculdades patrimoniais do direito de autor, estas compreendem o núcleo do exclusivo atribuído ao autor, permitindo assim que este explore economicamente a sua criação de espírito. Mais precisamente representam elas o poder atribuído exclusivamente ao autor para a fruição e utilização econômica da obra, por qualquer meio que garanta a exploração econômica da sua criação intelectual²¹⁹.

²¹⁸ Restando, assim, para a interpretação a possibilidade de estender a compreensão do dispositivo legal, com vistas a permitir a transmissão parcial, bem como a oneração destas faculdades, já que estas não foram referidas, pela proibição inserta no referido dispositivo legal. Reforça mais ainda esta compreensão o art. 24 da mesma lei que admite a transferência aos sucessores do autor, no caso da sua morte, as faculdades pessoais de reivindicação da paternidade, de identificação, do anonimato, do inédito e de integridade. A lei brasileira de direitos de autor é refere no parágrafo 1.º do art. 24 a possibilidade de transmissão aos seus sucessores do autor, algumas das faculdades de natureza pessoal, taxativamente previstas neste mesmo dispositivo, quais sejam: «I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; (...)» **BRASIL. Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007.** Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²¹⁹ Como bem refere Tullio Ascarelli, tais faculdades garantem um direito absoluto de utilização a favor do titular do bem intelectual de retirar dele os seus frutos, ou seja, admitem a exploração econômica do bem. **ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: lezioni di diritto industriale.** Milano: Giuffrè, 1956 - XII, p. 205.

A lei de direitos de autor brasileira estabelece em seu art. 28 que a titularidade do exclusivo de utilização, fruição e disposição é do autor do bem intelectual. Este exclusivo garantido pela lei representa para o autor o aproveitamento das potencialidades econômicas da obra; isto é, o poder exclusivo de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra que cria²²⁰.

Frise-se que estas faculdades patrimoniais atribuídas ao autor do bem intelectual, poderão ser direta ou indiretamente utilizadas por este ou por terceiros a quem este tenha conferido autorização para utilização, por qualquer meio que garanta a exploração econômica do bem²²¹.

Verifique-se, desde já, que a lei convencionalmente vem adotando o princípio da liberdade na escolha dos meios e/ou processos que garantam a exploração econômica do bem intelectual²²². Todavia, refira-se, que mesmo na previsão da liberdade sobre a modalidade de exploração econômica do bem intelectual escolhida pelo seu criador, se esta for realizada por terceiros dependerá quase sempre de sua prévia autorização.

É de nota significativa que em regra geral os ordenamentos jurídicos em matéria de faculdades patrimoniais atribuídas ao criador do bem intelectual, adotam a característica da não taxatividade ou indeterminação, ou seja, estabelecem um catálogo aberto as modalidades de utilizações, permitindo-se assim afirmar que ao contrário das faculdades pessoais as patrimoniais estão previstas num rol meramente exemplificativo.

Oportuno é afirmar que a definição de utilização econômica não estabelece tão somente as utilizações destinadas à obtenção de lucro; mas, também, qualquer outra utilização que seja uma modalidade potencial de obter lucro. O que implica em considerar que também para a utilização destas modalidades lucrativamente indiretas, também será quase sempre exigida autorização do criador do bem intelectual.

²²⁰ Este poder exclusivo de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração do bem intelectual é garantido pela disposição do art. 29 da lei brasileira de direito de autor, Lei n.º 9.610/98, ao disciplinar: «Art.29 Depende da autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra por quaisquer modalidades (...)»BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²²¹ Também é o que se pode extrair da leitura do art. 67, 1 e 2, do Código de Direito de Autor e Conexos portugueses. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

²²² É assim que determina o artigo 68º do Código de Direito de Autor e Conexos portugueses, ao disciplinar sobre as formas de utilização, prescreve: «1- A exploração e, em geral, a utilização da obra podem fazer-se, segundo a sua espécie e natureza, por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

Por isso é que, qualquer utilização que não tenha diretamente o fim de obtenção de lucro, não dependerá de autorização do criador do bem intelectual²²³.

Registre-se, inclusive como fora mencionado anteriormente nesta investigação, que as modalidades de utilização do bem intelectual são independentes entre si, o que possibilita ao autor multiplicar os meios de exploração econômica da sua criação, transferindo para um sujeito parcela das suas faculdades patrimoniais e para outro as restantes; ou se preferir, realizar tantos atos de transmissão, quantos sejam os números das suas faculdades²²⁴.

Entretanto, pondere-se que as faculdades que se encadeiam em busca dum mesmo resultado, apesar de autônomas, implicam necessariamente em convencionar-se que a autorização conferida para a utilização duma faculdade determinada, pode significar a doutra faculdade, desde que ambas tenham como objetivo comum, alcançar o mesmo resultado. O que resulta em afirmar que em busca do resultado desejado a autorização para utilização duma faculdade, implicitamente corresponde à utilização de outra, dado a perseguição do resultado em fases seguintes²²⁵.

Outrossim, assinale-se que contrariamente às faculdades pessoais do direito de autor, as faculdades patrimoniais são passíveis de renúncia e transmissão, sobre qualquer modalidade, como visto em linhas acima.

Portanto, como também adiantado mesmo que o sistema de proteção dos direitos de autor garanta ao autor a hipótese de transferir por completo todas as suas faculdades patrimoniais, tal garantia não implica em perecimento do bem intelectual, enquanto realidade pessoal, para a esfera jurídica do autor. Ou seja, a tutela jurídica, do bem intelectual, em seu escopo pessoal, não se altera.

²²³ É este o núcleo da presente investigação, ou seja, determinar quais as utilizações que independem previamente de utilização, particularizando a *world wide web* como o mecanismo utilizado pelo terceiro para a utilização do bem intelectual.

²²⁴ É assim que prescreve a lei brasileira de direitos de autor, a Lei n.º 9.610/98 que prescreve: «Art. 31 As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais». Aliás, esta mesma perspectiva de transmissão das faculdades do direito de autor, já logo são limitadas pela parte geral do mesmo diploma legal, quando determina: «Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.» BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²²⁵ Por exemplo, na hipótese dum autor de obra literária autorizar a produção cinematográfica do seu romance, equivale a dizer que o mesmo não só transferiu a faculdade de distribuição, mas também a de exibição.

Como dito, o objeto de estudo desta seção não se reconduz na análise da materialidade do bem intelectual, enquanto mero bem físico, passível de apropriação; mas sim na criação do espírito do autor que se revela maior do que a mera transmissão do corpo mecânico no qual se encontra fixada.

Por outro lado, e na síntese da investigação procedida até o momento é cristalina a afirmação de que o autor pode optar por diversos meios para explorar economicamente o seu bem intelectual; aliás poderá ele optar por multiplicar as formas de utilização do seu bem intelectual, já que a lei garante-lhe o princípio da liberdade na escolha dos meios.

O que resulta em asseverar que a proteção da lei garantindo ao autor o exclusivo temporário patrimonial sobre a sua criação intelectual, finda-se com atos de transferência total das faculdades patrimoniais que integram este mesmo exclusivo. Note-se entretanto que os atos de cessão total destas faculdades patrimoniais, implicam em extinção do exclusivo para a esfera jurídica do criador intelectual; transferindo-se, portanto o exclusivo econômico para o cessionário que poderá exercê-lo pelo prazo estabelecido na lei, caso não realize também este ato de cessão.

1.3.2 A (im)perecibilidade e a concessão de licenças de uso

A concessão de licenças de uso do direito de autor implica em estudar atribuição do exercício do direito do autor através duma relação obrigacional. Assim, na hipótese de concessão de licenças de uso do direito do autor, o criador do bem intelectual confere temporariamente a licença para uso da sua criação de espírito, sem despir-se de quaisquer faculdades, todavia o exercício destas pelo seu criador deve estar de acordo com o limite da concessão conferida a terceiro, por forma a não prejudicar o uso licenciado.

Refira-se que a concessão de licenças de uso do direito de autor não corresponde ao dever de transferência de qualquer das suas faculdades sejam elas pessoais ou patrimoniais.

Destaque-se que a atribuição desta licença visa tanto a satisfação dos interesses do terceiro como também do autor em obter vantagens econômicas pela utilização do bem licenciado. Pois que o sujeito que se compromete a realizar a conduta não possui um dever, na verdade, este sujeito é o próprio titular do direito, que para protegê-lo, ou até mesmo por forma a obter vantagens do direito de que já é titular, estabelece relações com outros sujeitos, que se

obrigam a remunerar o autor pela utilização a ele licenciada e de cessar de pronto esta utilização licenciada, assim que o prazo da concessão encerrar-se.

Da concessão de licenças de uso do direito de autor, corresponde ainda a obrigação do sujeito licenciado a não extrapolar a finalidade da licença conferida; ou seja, não pode ele dá destinação diversa da utilização conferida pelo autor, sob pena, de incorrer em violação por utilização não autorizada.

A concessão de licenças de uso seja assumindo a modalidade onerosa como a gratuita, não implica nenhum ato de transmissão do direito de autor, conforme aludido acima, nem muito menos na afirmação de que o bem intelectual está desprotegido da proteção do direito de autor.

Na sociedade da informação inúmeras modalidades de utilização do bem intelectual são estabelecidas diariamente; e não podia ser diferente já que o ordenamento jurídico civil e constitucional estabelece o princípio da autonomia da vontade garantidor da liberdade nas estipulações negociais, observando-se as cláusulas gerais de probidade, boa-fé e os limites impostos pela lei ou pela ordem pública.

Evidente que a celebração de relações contratuais desta natureza, ou seja, que envolvem bens intelectuais protegidos pelo direito autor, é fundamental para que o autor possa obter do exclusivo atribuído pela lei o necessário para a manutenção da sua atividade criativa; representa, portanto, estímulo à produção artística, cultural e científica.

Todavia, apesar da lei garantir ao criador do bem intelectual a possibilidade deste diretamente obter o exclusivo, em regra geral no mercado não é o que sucede; especialmente, se o bem intelectual for destinado ao consumo de massas, no qual a quantidade tem valor maior que a qualidade. Daí a necessidade do criador, recorrer à celebração com terceiros de contratos desta natureza, objetivando a permissão do uso da sua obra intelectual e, assim, ter maior sucesso no mercado de massas, no resultado da exploração econômica mediante terceiros do seu exclusivo²²⁶.

Outrossim, mister, apontar quais são os princípios que a lei, especialmente a brasileira, identifica como fundantes para a concessão da tutela adequada a ser aplicada nesta categoria de relações jurídicas, que se reputam especiais, em virtude do bem negociado, que é de natureza imaterial.

²²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 359.

Pondere-se que não só a lei de direitos de autor brasileira como a legislação civil em vigor determinam que os direitos autorais são categorizados como bens móveis²²⁷. Todavia, cumpre reiterar que o bem intelectual corresponde à expressão criativa de espírito do seu criador e, não meramente o seu corpo mecânico, já que para a atribuição da tutela autoral a lei não faz da fixação um requisito²²⁸.

Assim, quem adquire o bem intelectual fixado num corpo mecânico não é titular do direito de autor, adquirido por cessão ou por qualquer modalidade possível para a concessão da autorização de uso; mas sim titular de direito de propriedade sobre o corpo mecânico²²⁹ no qual se incorporou a expressão criativa do autor²³⁰. Assim, apenas serão atribuídas ao proprietário do bem material, as faculdades garantidas para esta qualidade de direitos e sempre dentro do limite de sua atuação, por forma a não violar o exclusivo do criador do bem intelectual²³¹.

Neste sentido, a lei autoral brasileira estabelece a proibição de interpretensão extensiva a qualquer clausulado do contrato, quer de transferência, bem como de concessão para utilização dos direitos de autor. Desta proibição decorre também outra, sendo assim impossível ao sujeito que contrata com o autor, a transferência a terceiros dos direitos conferidos pelo contrato, salvo se expressamente consinta o autor²³².

Aprofundando, mais ainda o tema da transmissão dos direitos de autor no seio da lei brasileira de direitos de autor, observa-se que o art. 49 do referido diploma legal, autoriza não só uma modalidade de transmissão, mas sim diversas, quando refere «por meio de licenciamento,

²²⁷ A Lei n.º 9.610/98 assim define no seu art. 3.º e o Código Civil nos seus arts. 82 e 83.

²²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 31.

²²⁹ São exemplos desta aquisição de direitos de propriedade sobre o corpo mecânico e não sobre o corpo místico do bem intelectual, que representa a criação de espírito do autor, por exemplo: a aquisição de CDs, DVDs, livros, ou de qualquer outro meio físico sobre o qual o bem intelectual possa fixar-se, inclusive a aquisição legítima por meio eletrónico que pressupõe o download de arquivos digitais disponíveis na *world wide web*.

²³⁰ De sorte que nesta modalidade de cessão do corpo mecânico aplica-se o dispositivo do art. 1.226 do Código Civil brasileiro, que determina que “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição”. BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

²³¹ Convém, também, ressaltar que as relações jurídicas que têm como objeto a transferência, bem como a concessão para utilização, por rigor da lei brasileira de direitos de autor devem ser sempre interpretadas restritivamente. De sorte que, aquilo que não estiver devida e expressamente autorizado, entender-se-á como não autorizado. É o que se depreende da leitura do art. 4.º da lei brasileira de direitos de autor, quando prescreve: «Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais». BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²³² ABRÃO, Eliane. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 37.

concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito»²³³. Note-se, também, que o referido dispositivo legal confere ao autor a faculdade de transferir total ou parcialmente a terceiros o seu exclusivo de exploração econômica, tanto a título singular como universal, geralmente assumindo a modalidade de cessão ou licenciamento²³⁴.

O ato de cessão configura-se na transferência da titularidade do bem intelectual, atribuindo o autor cedente ao terceiro cessionário a possibilidade de explorar economicamente a sua obra com exclusividade. Contrariamente o ato de licenciamento importa na autorização concedida pelo autor licenciante para que terceiro licenciado possa utilizar o bem intelectual, nos limites da autorização conferida pelo termo de licenciamento, que pode estabelecer ou não exclusividade, a depender do ajuste entre as partes contratantes²³⁵.

No entanto, conforme disciplinado pela lei brasileira, a cessão pode constituir-se de forma total como parcial²³⁶. Esta a parcial, não implica na transmissão de todas as faculdades que integram o exclusivo patrimonial do autor, mas apenas algumas; permitindo-se ao autor realizar tantos atos de cessão parcial quantas forem as suas faculdades a sujeitos diversos.

Como já referido em linhas acima o direito de autor é um complexo emaranhado de faculdades pessoais, patrimoniais e remuneratórias, que se interpenetram, mas que podem ser exercidas, transferidas, cedidas ou licenciadas pelo autor da obra a terceiros, já que as mesmas

²³³ A título de curiosidade anote-se que Eduardo Pimenta admite que os direitos de autor surgidos através de relações laborais, não implicam necessariamente em cessão dos direitos de autor do empregado, conforme determina a Lei 6.533/78. Assim, sintetiza o referido autor: «Em suma, pelo citado art. 13 da Lei nº 6.533/78, os direitos autorais (os direitos de autor e os que lhe são conexos) não podem ser objeto de cessão, quando a criação decorrer de prestação de serviços profissionais, ou seja da relação de trabalho». PIMENTA, Eduardo. **Os Direitos Autorais do Trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 93.

²³⁴ Afirme-se, porém, que as faculdades patrimoniais do direito de autor que representam o seu exclusivo de exploração econômica, apenas poderão ser transmitidas, cedidas ou licenciadas, durante o prazo do exclusivo; pois que, se encerrando este, finda pra o autor o exclusivo econômico, caindo assim a sua criação intelectual no domínio público, retornando ao seu estado inicial de acesso e utilização franqueados a todos independentemente de autorização.

²³⁵ Sobre a cessão Oliveira Ascensão faz uma observação bastante peculiar ao referir que: «A transmissão do direito de autor só se verifica verdadeiramente no caso a que a lei chama de transmissão total; também se fala em cessão global. Dá-se esta quando as várias faculdades que compõem o direito são transmitidas em globo, uti universi, portanto sem discriminação de cada faculdade tomada por si. A cessão global é assim compatível com a reserva de faculdades determinadas, ou com a alienação prévia a terceiro de certos poderes: o que interessa é que o conjunto seja transferido, de modo que tudo que não é especificado entre na alienação». ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 293.

²³⁶ Para Oliveira Ascensão: «A “cessão parcial” não acarreta transmissão do direito [na íntegra]. O ter-se concedido a alguém o direito de edição, por exemplo, não significa que lhe tenha sido dado o direito de traduzir. Quem pode representar uma peça teatral não pode autorizar a adaptação cinematográfica, e assim por diante. Portanto, o titular originário, se não alienar em globo o seu direito, conserva o poder de alienar parcela por parcela o conteúdo patrimonial deste». ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 305.

têm vida própria, não se constituindo como faculdades acessórias do direito de autor, elas podem ser fracionadas e encontrarem-se na titularidade de inúmeros e diversos sujeitos.

Analogicamente²³⁷, pode-se comparar as diversas faculdades do direito de autor com as faculdades do direito de propriedade, o denominado *iura in re própria*, no qual, estas faculdades se encontram reunidas nas mãos do seu titular proprietário ou fracionadas nas mãos de terceiros em quantas faculdades exista, criando assim os *iura in re aliena*.

Refira-se, como bem disciplina o art. 1231 do Código Civil brasileiro que sempre será possível ao proprietário recuperar tais faculdades transferidas. E, aliás, é isso que o legislador civilista pretende, ao prescrever a presunção de que todas as faculdades são do proprietário, permitindo a este a aquisição restitutiva das faculdades do direito de propriedade transferidas.

Todavia, esta mesma lógica de aquisição restitutiva, no ordenamento jurídico autoral brasileiro, só é possível vislumbrar em caso de atos de licenciamento e cessão parcial e temporária; observando-se sempre as distinções de natureza dos direitos em tela.

Já que um representa o exclusivo temporário do autor de explorar economicamente a sua criação de espírito; portanto o que implica em constatar que tanto os atos de licenciamento como os de cessão estarão limitados ao prazo estipulado na lei para a duração do exclusivo do autor. E o outro, representa os atos de transmissão das faculdades do direito de propriedade limitando-se ou não pelo tempo o exercício destas faculdades por terceiros, tudo a depender do que o instrumento de transmissão determinou para a hipótese da estipulação dos direitos reais nas coisas alheias²³⁸.

Sem embargo, o legislador brasileiro, equivocou-se ao denominar o ato de oneração do exclusivo de exploração econômica do autor de ato de transferência ou cessão parcial. Note-se como, já referido em linhas acima se é possível a aquisição restitutiva das faculdades “transferidas/cedidas” parcialmente, na verdade não houve transmissão de direitos, mas sim, a concessão na esfera jurídica do exclusivo de exploração econômica do autor que agora encontra um limite na licença concedida, por forma a não afrontar o uso pelos terceiros, que

²³⁷ Não se trata aqui de assunção da mesma natureza jurídica do direito de propriedade pelo direito de autor, como já estudado em notas acima; mas, apenas de criar-se um paralelo entre o desmembramento das faculdades que integram o direito de propriedade e a hipótese de oneração das faculdades que integram o direito de autor.

²³⁸ Para Oliveira Ascensão a técnica de transferência dos direitos de propriedade fora mais adequada, uma vez que esta disciplina a oneração da propriedade pela constituição de direitos reais menores. Assim, andou por caminhos tortuosos o legislador autoral ao prescrever a possibilidade de transmissão parcial das faculdades do direito de autor. Refere ainda o autor que na legislação alemã, acertadamente, não se permite a transferência parcial das faculdades do direito de autor, mas tão só a oneração das mesmas. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 306-307.

por instrumento negocial obteve do autor a autorização para utilização de parcela do seu direito de exclusivo de exploração econômica²³⁹.

Assim, garantindo-se sempre a aquisição restitutiva dos direitos onerados, não se pode defender que houve fragmentação das faculdades que integram o direito de autor; a lei sempre garantirá ao autor, findo o prazo do licenciamento ou cessão parcial, a reunião de todas as faculdades em sua esfera jurídica, se ainda subsistente o seu direito temporário de exclusivo de exploração econômica. Pois que, findo o exclusivo as faculdades novamente estarão reunidas, mas já não mais persistirá o exclusivo, caindo, por conseguinte, o bem intelectual em domínio público²⁴⁰.

Não é raro encontrar na legislação esta espécie de confusão de terminologias entre cessão parcial e licenciamento. Refira-se que a cessão total compreende a modalidade de transmissão completa de todas as faculdades do direito de autor, enquanto estas possuem uma eficácia menor e bem mais restrita a sua aplicação.

É possível definir a figura da licença como uma autorização de uso para exploração; não implicando o ato de licenciamento em transferência de direitos, mas sim uma mera oneração das faculdades do direito de autor²⁴¹.

²³⁹ Sempre bom lembrar que este entendimento afasta-se do que a doutrina tradicional entendeu denominar de teoria do desmembramento dos direitos reais, enfrentada por Oliveira Ascensão com bastante reservas. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308. A doutrina mais moderna sobre este tema entende que a teoria da oneração é a mais adequada para explicar a possibilidade da aquisição restitutiva, não somente dos direitos reais como também aqui dos direitos de autor. Óbvio está que o abandono da teoria do desmembramento implicará consequências no que diz respeito à concepção dos direitos reais nas coisas alheias. O que implicará em afirmar que as faculdades ou a faculdade que integram este direito, na verdade, não compõem a essência deste direito, que passa a ser considerado um direito real menor. Sobre o tema vd. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^aed., Almedina, 2007, p. 250. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil I – Parte Geral**. t.I, 3.^aed., Almedina, 2005, p.211-212.

²⁴⁰ Neste mesmo sentido anota o Oliveira Ascensão, quando pontua: «Assim, não há uma verdadeira fragmentação do direito de autor, porque este conserva sempre a elasticidade em relação do direito derivado. Nomeadamente, se esse direito derivado se extinguir não cai em domínio público, porque a lei não prevê nunca um ingresso parcial do conteúdo do direito no domínio público, antes este é absorvido pelo direito-base. Esta situação é corretamente como a oneração do direito-base pelo direito derivado. O ato é sempre constitutivo de uma oneração do direito-fonte.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308.

²⁴¹ Curiosa é a nota de Eliane Abrão, quando considera os atos de cessão, seja parcial ou total, com a concessão de licenças exclusivas, estabelecendo para os direitos que este atos conferem, o efeito da oposição *erga omnes*: «Na cessão de direitos, qualquer que seja o seu alcance, parcial ou total, a exclusividade outorgada ao cessionário encontra-se subjacente à exploração de uma determinada obra, porque o exercício da cessão implica o da tutela da obra e o da sua oponibilidade *erga omnes*. Na licença exclusiva também. Nas licenças comuns, ao contrário, pode o autor consentir que diversos licenciados explorem pelo tempo convencional diversos aspectos da mesma obra, simultaneamente ou não, e não abdicando de seus direitos em favor do licenciado. O que distingue a cessão de direitos, parcial ou integral, e licenças exclusivas, das licenças não exclusivas é a oponibilidade *erga omnes* das primeiras. No Brasil, exclusividade é condição prevista em lei somente para o

Portanto, tal observação identifica claramente que as licenças configuram-se como uma das modalidades da lei, inclusive como já referido em linhas acima, para concretizar a transferência de direitos de autor a terceiros²⁴². Mas, restou claro, também, que não decorre do ato de licenciamento²⁴³ a transferência das faculdades do direito de autor, apenas mera autorização de uso, que onera o exercício desta faculdade licenciada a terceiro, nos estritos limites da autorização, por forma a não prejudicar a normal utilização pelo terceiro.

Resulta, assim, que o autor mantém em sua esfera jurídica todas as faculdades do direito de autor.

Quanto à formalidade para a concretização da cessão, seja ela total ou parcial esta é exigida pela lei, assumindo, portanto, a forma escrita e presumindo-se a onerosidade. Já, no que toca à forma para a concretização da concessão de licença, esta assume a regra da informalidade, podendo assim ser constituída até mesmo oralmente, mas a onerosidade não se configura por presunção legal.

Destarte, para além de não ser possível a precibilidade do bem intelectual, enquanto criação de espírito do engenho humano, nesta investigação verificou-se também a impossibilidade de defendê-la no caso de transmissão dos direitos de autor e mais ainda nas hipóteses de concessão de licenças de uso.

A presente investigação demonstrou nesta seção que a concessão de licenças que autorizam o uso por terceiros do bem intelectual de titularidade do seu criador importa no limite que deve ser respeitado pelo criador. Pois, a despeito de não se despir das faculdades do direito de autor em face da licença, no exercício destas faculdades deve tomar o cuidado de não impedir a realização dos atos permitidos ao licenciado em face da licença conferida.

contrato de edição». ABRÃO, Eliane. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 136.

²⁴² Aliás, para reforçar este entendimento, basta uma simples leitura do art. 49 da lei de direitos de autor brasileira. BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²⁴³ Assim o ato de licenciamento pode ser definido como a autorização de uso conferida pelo titular do direito de autor, quer a título gratuito ou oneroso, com ou sem exclusividade, sendo esta obrigatória, no caso da legislação autoral brasileira, apenas nos contratos de edição. Note-se, para além disso, que esta cláusula de exclusividade implicaria na atribuição dum direito *erga omnes* a terceiro, fazendo o ato de mero licenciamento, aproximar-se do ato de cessão. Sobre o contrato de edição Eliane Abrão comenta: «É possível contratar a edição sem a transferência ou cessão dos direitos de reprodução, ou de quaisquer outros direitos patrimoniais. Entretanto o legislador, misturando os conceitos, tratou da edição como uma verdadeira cessão (...)» ABRÃO, Eliane. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 135.

Cumpra ainda destacar que a concessão da licença não se configura, regra geral, como ato de exclusividade, o que permite assim ao criador do bem intelectual multiplicar o seu exclusivo de exploração econômica, limitando-se simplesmente pelo prazo legal da atribuição do exclusivo patrimonial pela lei.

Lembre-se que extinto o prazo da concessão de uso do bem intelectual isto não implica necessariamente em afirmar que o bem caiu em domínio público; mas sim que será facultado ao criador do bem intelectual reunir novamente em sua esfera jurídica todas as faculdades cujo uso fora limitado pela concessão da licença; ou seja, permite ao autor a aquisição restitutiva das faculdades oneradas. Tão somente findo o prazo conferido pela lei para o exclusivo de exploração econômica é que se finda a necessidade de prévia autorização do criador para a utilização do bem por terceiro; pois que o bem não mais se configura numa exclusividade atribuída fictamente pela lei ao seu criador, o que resulta em afirmar que o bem caiu em domínio público, retornando ao seu escopo original de liberdade de acesso.

Também, note-se, que ainda sendo possível o exercício pelo criador do bem intelectual do seu exclusivo, já que o prazo conferido pela lei ainda não se escoou, há determinadas modalidades de utilização por terceiro que são automaticamente autorizadas pela lei; pois que limitado encontra-se este exclusivo em decorrência de um uso particular que não gera lucro, nem direta ou indiretamente, encontrando-se tipificado na lei como uso autorizado²⁴⁴.

E nem mesmo neste caso é possível afirmar a existência de perecibilidade do bem intelectual fruto do intelecto criativo humano, que se traduz na geração de informação, conhecimento, educação e cultura.

1.3.3 A imperecibilidade e a teoria do esgotamento

Na seção anterior da presente investigação já se tocou rasamente no problema do esgotamento do direito de autor²⁴⁵. Assim, cabe agora avançar neste estudo e enfrentar criticamente sobre a

²⁴⁴ Convém pontuar, que a análise da imperecibilidade do bem, analisada em toda a seção 3, da primeira parte desta investigação, decorre do estudo da legislação autoral brasileira, com incursões no Código de Direitos de Autor e Conexos português, ou seja, de um sistema jurídico que trabalha com as hipóteses de limitação do exclusivo definidas previamente na lei por meio de tipificação. Contrariamente aos Estados de expressão jurídica anglo-saxônica que trabalha com cláusulas gerais abertas, fruto do sistema jurídico de Common Law impregnado na cultura jurídica destes Estados.

²⁴⁵ Acertadamente Oliveira Ascensão afirma que a doutrina do esgotamento do direito de distribuição surgiu justamente para refrear uma possível extensão ilimitada do exclusivo do autor sobre a figura do exemplar.

imperecibilidade do bem intelectual em face da teoria do esgotamento²⁴⁶, bem como da manutenção da tutela autoral atribuída pela lei à criação de espírito fruto do engenho criativo do autor.

Fora já referenciado neste estudo que o exclusivo de exploração econômica atribuído fictamente pela lei ao criador do bem intelectual quando encerrado implica em dizer que o prazo da tutela encerrou-se, dado ser este exclusivo temporário e não perpétuo. O que resulta na circulação deste mesmo bem fora do controle do exclusivo do seu criador, uma vez que caiu em domínio público²⁴⁷.

Vindo o bem intelectual a cair em domínio público, identifica-se assim que este bem retorna ao seu estado inicial de liberdade, de acesso franqueado e ilimitado a todos sem que o autor possa aplicar medidas de controle dos atos de utilização por terceiros sobre a sua criação intelectual.

Na verdade, a despeito deste problema resultar diretamente na impossibilidade do criador do bem intelectual continuar a fazer uso do seu exclusivo de exploração econômica temporária. Não é este o problema que se pretende solucionar na presente sessão. Ou seja, não é com o fim do prazo do exclusivo que esta sessão apresenta as suas reticências, mas sim ainda na manutenção do exclusivo.

Daí indagar se é possível defender a manutenção da proteção autoral logo após os atos de transferência, cessão ou licenciamento? Aparentemente o problema apresenta-se de pouco enfrentamento dado, como visto é possível haver a transferência total das faculdades

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Distribuição e Esgotamento**. in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, III, p. 625-639, Lisboa, Dezembro de 1991, p. 633.

²⁴⁶ Esta teoria foi a fundada pelos alemães e aplicada tanto em matéria de patentes, marcas e também no direito de autor. vd. BEIER, Friedrich-Karl. **The principle of exhaustion in national patent and copyright law of some european countries**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v.32 (1991), p. 71-90. Catherine Colston e Jonathan Galloway ponderam que a teoria do esgotamento fora resultado das decisões da Corte Européia em matéria de direitos intelectuais, tendo esta Corte, entendido que se esgota o direito intelectual quando o bem protegido for alienado pelo seu criador ou com sua autorização no mercado de qualquer um dos Estados membros. COLSTON, Catherine e GALLOWAY, Jonathan. **Modern Intellectual Property Law**. 3.^a ed., New York: Routledge, 2000, p. 18-20.

²⁴⁷ Sérgio Branco esclarece que na legislação brasileira o domínio público assume a natureza jurídica de bens de uso comum do povo, mas sujeita a certas peculiaridades, próprias; já que as obras em domínio público configuram-se como absolutamente inapropriáveis em sua essência, não se podendo assim entender que se tratam de bens de titularidade do Estado. BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **O domínio público no direito autoral brasileiro. Uma obra em domínio público**. Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2011, p. 160-163. Neste sentido vd. Karin, Grau-Kuntz que propõe o uso da terminologia «liberdade coletiva», que segundo a autora é a mais adequada para as obras que caíam em domínio público, já que as mesmas não são passíveis de apropriação, nem mesmo pelo Estado. GRAU-KUNTZ, Karin. **Domínio Público e Direito de Autor**. in Propriedade Intelectual & Internet. vol. 2, coord. Marcos Wachowicz, Juruá p. 91-136. Curitiba: 2011.

patrimoniais do direito de autor e, ainda permanecer o bem intelectual protegido pelo escopo pessoal desta categoria de direitos, sendo este oponível contra todos.

Aqui, a preocupação reside em decodificar se tais atos implicam o surgimento de diversas categorias de direitos pela utilização do bem intelectual, decorrentes destes referidos atos de transferência, cessão ou licenciamento.

Ou seja, decifrar se o utilizador do bem intelectual adquiriu alguns direitos com estes atos, que envolvem transmissão ou oneração de direitos.

Óbvio está que os casos de transferência total das faculdades patrimoniais do direito de autor a terceiros, geram conforme já identificado, a transmissão total destas mesmas faculdades a terceiros, mediante contratos. Ficando assim o criador do bem intelectual, impossibilitado de exercer o exclusivo temporário de exploração econômica pelo fato da transferência total do seu exclusivo²⁴⁸.

Sem embargo, a teoria do esgotamento objetiva permitir que, uma vez assegurado ao criador do bem intelectual a possibilidade deste explorar economicamente a sua criação de espírito e dela retirar a remuneração pelo seu engenho criativo, cesse o seu poder de controle sobre as demais circulações da figura do exemplar que nasce nas mãos do adquirente de um bem intelectual que fora incorporado à sua esfera jurídica na qualidade de direito de propriedade sobre um bem móvel²⁴⁹.

Implica, portanto em considerar, que o autor perderá o controle dos atos de circulação destes exemplares, sobre os quais a obra surge fixada. Assim, tão logo o titular do direito de autor, seja direta ou indiretamente, através de terceiros, exercer a sua faculdade de distribuição, comercializando um ou vários exemplares da sua obra, esgotado estará quanto aos exemplares negociados o direito de controle sobre os atos subsequentes que importem em transferência, quer gratuita ou onerosa da figura do exemplar; que se incorpora, como dito acima, na esfera jurídica do terceiro adquirente na qualidade de direito de propriedade sobre um bem móvel²⁵⁰.

²⁴⁸ Vd. ainda PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

²⁴⁹ Neste mesmo sentido pondera Friedrich-Karl Beier ao afirmar que após a comercialização do bem intelectual, não poderá a tutela intelectual impedir os atos de distribuição seguintes. BEIER, Friedrich-Karl. **The principle of exhaustion in national patent and copyright law of some european countries**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v.32, 1991.

²⁵⁰ Oliveira Ascensão destaca que se trata de equívoco grave afirmar que a primeira circulação do bem protegido pelo direito de autor importará no esgotamento do direito de distribuição. Pondera o autor que esta visão importaria em acreditar que a lei só confere ao autor um direito de primeira circulação ou disposição, exercido este direito,

Frise-se que, muito embora, surgida a figura do exemplar não se extingue para o titular do direito de autor o seu exclusivo temporário de exploração econômica; o que resulta em considerar que este permanece a dispor deste exclusivo, relativamente às cópias, que num futuro venha a produzir e a comercializar.

Por seu turno, também não se extinguem as demais faculdades patrimoniais do direito de autor para este criador intelectual que viu o seu direito de distribuição esgotado em face da figura do exemplar e da categoria de direito incorporada pelo adquirente deste exemplar; mais precisamente do corpo mecânico no qual se encontra a criação de espírito fixada.

Na verdade este tema enfrenta um conflito de dois direitos absolutos, o direito de distribuição do criador intelectual e o direito de propriedade do utilizador sobre a figura do exemplar que adquiriu legitimamente. Mais profundamente pode-se evidentemente identificar dois grandes interesses jurídicos, o de garantir a segurança das relações do tráfego jurídico-negocial e o interesse na livre circulação de bens, enquanto mercadorias²⁵¹.

Resta evidente acentuar que o âmbito de aplicação desta teoria apresenta um limite exato na aquisição da figura do exemplar que deve como é óbvio, para não incorrer em violação do direito de autor, restringir-se ao modo de utilização e distribuição autorizada pelo autor, bem como aos usos legítimos autorizados em lei.

Assim, toda e qualquer utilização e ou distribuição que escapar à órbita deste limite, não pode sem sombra de dúvidas, apresentar como consequência o esgotamento do direito de distribuição do titular do direito de autor, mesmo que a figura do exemplar surja, como bem

esgotar-se-ia a possibilidade de novos atos de circulação ou disposição deste mesmo bem. O autor ainda acentua que nem todo e qualquer primeiro ato de circulação ou disposição do bem protegido pelo direito de autor implica no esgotamento para o exercício de idênticos atos; uma vez que tais atos podem não implicar em transferência ou cessão, mas simples locação ou comodato que não esgotam o exclusivo de circulação do autor. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Distribuição e Esgotamento**. in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, III, p. 625-639, Lisboa, Dezembro de 1991, p. 634. Vd. também o art. 4.º, n.º 1, do Decreto Lei 332/97, que disciplina sobre o não esgotamento dos direitos de aluguer e comodato com a venda ou qualquer ato de distribuição ou de cópias da obra. PORTUGAL. **Decreto Lei 332/97, de 27 de Novembro**. Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 92/100/CEE, do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=502&tabela=leis>.

²⁵¹ Dênis Barbosa acentua que: «Uma vez efetivada a venda e o preço pago, o direito autoral ou a patente, como direito artificial de excluir o que não o é naturalmente, cumpriu seu papel de assegurar retorno ao investimento. O balanço constitucional de interesses foi cumprido e a equação da justiça alcançada.» BARBOSA, Dênis Borges. **Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral**. Publicado em 1999 com atualizações. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf>, acesso aos 26.09.2012.

que representa o corpo mecânico da criação de espírito do autor, já que fundada em uso não autorizado, portanto ilegítimo.

Para esclarecer melhor esta teoria do esgotamento, cumpre-se identificar de que forma a doutrina tradicional civilista enfrenta o problema da transmissão dos direitos, em especial o de propriedade, dado que o ponto fulcral do esgotamento é o surgimento da figura do exemplar, bem móvel que representa o corpo mecânico no qual a criação intelectual fora fixada²⁵².

Refira-se que no ordenamento jurídico brasileiro o ato da tradição de direito real transfere a propriedade dos bens móveis. Assim, constituído o direito de propriedade com a tradição, ressalvada a hipótese da existência doutro direito real, o adquirente, novo proprietário, não responderá pelas restrições de uso meramente obrigacionais existentes anteriormente; já que a lei após a tradição garante-lhe o exercício pleno do direito real de propriedade.

De qualquer sorte, são duas as modalidades de restrições podem surgir após a transmissão da propriedade dos bens móveis. As que se referem a vínculos de natureza obrigacional puros e aqueles que digam respeito à manutenção de direitos imateriais relativos ao bem móvel transferido.

Para a presente investigação faz-se necessário a análise tão somente da segunda restrição; fazendo-se necessário indagar, portanto, qual a categoria de direitos habilitada para impor limites à utilização da obra protegida pelo direito de autor, transmitida ao adquirente de forma legítima. Estar-se-ia diante de direitos imateriais sobre a operação ou sobre o objeto da mesma?²⁵³

Certo é que a resposta não é de pronta identificação. Por isso, mister realizar algumas observações a respeito da temática.

²⁵² Que como já referido não representa, na tradição do direito europeu continental e também no ordenamento jurídico brasileiro, um requisito de proteção. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 31.

²⁵³ CF. BARBOSA, Dênis Borges. **Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral**. Publicado em 1999 com atualizações. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf>, acesso aos 26.09.2012.

Nos ordenamentos jurídicos, em particular o brasileiro, o que se protege pela tutela autoral não é a forma da obra, nem muito menos os dados, as informações, as ideias ou a única aparição de uma realidade longínqua da obra²⁵⁴.

Outrossim, é irrefutável que a tutela conferida pelo direito de autor, consiste na concessão do exclusivo relativamente ao bem intelectual fruto do engenho intelectual criativo humano, não se estendendo, por conseguinte, as utilizações realizadas no corpo físico no qual a obra encontra-se fixada.

Anote-se que comumente pode-se afirmar que o direito de reprodução e o de execução pública correspondem universalmente às duas faculdades patrimoniais exercidas mais ativamente pelo criador do bem intelectual. A primeira na quase a generalidade das obras a segunda mais especificamente, nas obras que a admitam²⁵⁵.

Muito embora o exclusivo do autor seja atribuído a qualquer espécie de utilização da obra que se faça, observe-se que a tutela conferida alcança apenas a obra imaterial, ou seja, a criação de espírito que parte do engenho intelectual do autor; restando, portanto, não protegido pelo exclusivo, conferido fictamente pela lei, o corpo mecânico no qual a obra se fixa.

Por conseguinte, os reflexos da lei encontram-se no *campus* de atuação limitado ao bem intelectual criado pelo autor. De sorte que não se pode, sem sombra de dúvidas, pretender que o direito ao exclusivo seja estendido pelo seu titular para controlar as utilizações do referido corpo mecânico do bem²⁵⁶; dado que não é a ele atribuído proteção por este exclusivo.

²⁵⁴ É o que se extrai da leitura dos seguintes dispositivos da Lei de Direitos de Autor brasileira, Lei n.º 9.610/98: «Art. 7º - (...) § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.» e «Art. 8º - Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos com tais; (...) VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.» BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²⁵⁵ Cf. COLOMBET, Claude. **Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde**. 2.ª ed., Paris: LITEC / UNESCO, 1992, p. 55. Convém anotar que as legislações nacionais, como é o caso da brasileira opta por apresentar no seu ordenamento jurídico autoral apenas um rol meramente exemplificativo destas faculdades patrimoniais, como se denota da leitura do caput do art. 29 da Lei de Direitos de Autor brasileira, que refere «Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...). » BRASIL. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

²⁵⁶ Como por exemplo, o controle do objeto físico duma obra literária; isto é, controlar os atos que o titular do direito de propriedade sobre o exemplar de um livro, após o ato de legítima aquisição do mesmo via negócio

Importante é constatar que a tosca tentativa de extensão da tutela atribuída fictamente pela lei ao bem intelectual, objeto do engenho humano criativo ao seu corpo mecânico; por exemplo, obstando o adquirente legítimo dum livro ou CD, de revendê-los ou emprestá-los, por forma a não afrontar a utilização do bem intelectual, configura-se certamente em abuso do direito do exclusivo.

Assim, as limitações atribuídas logo após a primeira disposição, somente se admitiriam em idênticas condições de restrições possíveis após a tradição do corpo mecânico, que se configura como objeto de proteção do direito real²⁵⁷.

Note-se que a legislação brasileira de direitos de autor neste particular, de certo modo ainda disciplina sobre a extensão do exclusivo para o corpo mecânico do direito de autor, quando no seu inciso II, do art. 93, confere ao produtor de fonogramas o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, de autorizar ou proibir a locação de fonogramas (ou videofonogramas) entre os direitos patrimoniais exclusivos do autor²⁵⁸.

Todavia, cumpre observar que tal lei restringe-se à locação de exemplares de fonogramas ou videogramas, não se estendendo, portanto, a demais transações firmadas a qualquer título. Nesta perspectiva pode-se firmemente frisar que tal disposição, não se aplica para as demais criações intelectuais não fixadas em fonogramas; o que implica necessariamente em referir que para toda e qualquer espécie de obra afora esta, o primeiro ato de alienação do exclusivo esgota o direito de distribuição do autor sobre o corpo mecânico.²⁵⁹

jurídico oneroso, melhor dizendo após seu primeiro ato de disposição, que implicou em comercialização, alienação do exemplar físico.

²⁵⁷ Observe-se no entanto, que ainda faz coro as vozes daqueles que pretendem estender a tutela do exclusivo para além da imaterialidade do bem intelectual, impondo-a, também no espaço de utilização material do seu corpo físico. Tendo, ainda, aqueles que pretendem, também, atribuir proteção na mera utilização dos exemplares, que já se constituem como uma categoria diversa de direitos, uma vez que legitimamente adquiridos pelo titular do direito de propriedade sobre o bem móvel, ou seja, logo após a primeira alienação. Vd. NETO, José Carlo Costa, **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998, p. 122 e ss.; MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)**. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 147 e GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4ª ed. ampliada e atualizada Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 85.

²⁵⁸ Sem embargo, esta previsão legal reforçava o que referia o § 2.º do art. 184 do Código Penal brasileiro, que foi alterado pela Lei n.º 10.695/2003. BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

²⁵⁹ Destaque-se, que a proposta de modificação da lei de direitos de autor brasileira, apresenta este tema como um dos problemas a ser resolvidos, no que toca em especial ao esgotamento internacional da faculdade patrimonial de distribuição do autor, pelo primeiro ato de alienação da criação intelectual. Assim, restariam excluídos de ilicitude, seja civil ou penal, os atos de locação de obras audiovisuais e programas de computador, inclusive legislando expressamente sobre as atividades dos sebos e dos empréstimos bibliotecários. Cf. CHINELATTO, Silmara. **Painel III – Direitos do Autor: Direitos Morais e Patrimoniais**. Relator: Dra. Silmara Chinelatto – FADUSP; Revisor: Dr. Newton Silveira – FADUSP; Moderador: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC, in WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Org. Estudos De Direito De

Para, além disso, pondere-se o rol das limitações típicas estabelecidas na lei que sobrepõem determinadas categorias de utilização sem prévia autorização, com nítido caráter público, às faculdades geradas pelo exclusivo atribuído fictamente ao criador intelectual²⁶⁰.

De mais a mais, afirme-se, nesta senda, que qualquer modalidade de transação posterior com o corpo mecânico no qual a obra encontra-se fixada, após o primeiro ato de alienação, não estará mais sob a égide da proteção conferida pela lei, não importando assim a mesma violação ao direito de autor, que tutela a criação de espírito fruto do engenho humano criativo e não o corpo mecânico, no qual esta se fixa²⁶¹.

Ressalve-se apenas desta conclusão a exclusão estabelecida no inciso VI, do art. 29, da lei de direitos de autor no Brasil; uma vez que esta determina a obrigatoriedade de prévia autorização do criador intelectual para os atos de distribuição, quando estes não puderam ser extraídos intrinsecamente do contrato aperfeiçoado para a utilização ou fruição da obra²⁶².

Por outro lado, conforme a previsão normativa do art. 6²⁶³ do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio proíbe-se o estabelecimento de

Autor - A Revisão da Lei de Direitos Autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. P. 133-150. Florianópolis: Boiteux, 2010, p. 146.

²⁶⁰ Por isso, destaque-se que em determinadas hipóteses, legitima-se inclusive a reprodução de uma criação intelectual no corpo de outra, não importando assim em violação dos direitos do autor. Aliás, é deste modo que preconiza a lei autoral brasileira em seu art. 46, que será nesta investigação mais profundamente analisado, in verbis: «Art. 46 Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.» BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

²⁶¹ Convém acentuar que o direito de sequência disciplinado no art. 38 da lei de direitos de autor brasileira, a Lei n.º 9.610/98, configura-se como um ato garantido apenas ao autor da obra intelectual, atribuindo à este o direito de obter 5% de qualquer mais valia obtida na alienação da sua criação intelectual de espírito, não importando este mesmo direito em violação ao exercício das faculdades resultantes do direito de propriedade conferidas ao adquirente. Frise-se, ainda que este direito não se estende aos demais titulares de faculdades patrimoniais, anteriormente transferidas. BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

²⁶² O Código de Direito de Autor e Conexos português, também demonstrando preocupação com o avanço da legislação internacional e comunitária, firmou que: «Artigo 68.º, n.º 5 – Os actos de disposição lícitos, mediante a primeira venda ou por outro meio de transferência de propriedade, esgotam o direito de distribuição do original ou de cópias, enquanto exemplares tangíveis, de uma obra na União Europeia.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

²⁶³ Artigo 6. Exhaustão. Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio**. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/o->

qualquer previsão normativa sobre o problema do esgotamento do exclusivo; ou seja, neste pacto, não se estabelece nenhuma consequência jurídica para o ato de alienação do corpo mecânico no qual se fixa a obra intelectual²⁶⁴.

Em decorrência desta discussão sobre o direito de esgotamento e mais ainda pelo fato do surgimento de novas tecnologias de reprodução a custos acessíveis a qualquer um, que alguns doutrinadores têm frequentemente defendido a supressão do não esgotamento do exclusivo do autor nos casos de locação e comodato sobre a criação intelectual²⁶⁵.

Quanto à análise da aplicação da teoria do esgotamento nas redes digitais, convém frisar desde já que juridicamente é deveras complicado o assunto, primeiro em virtude de se verificar concretamente a existência ou não da transferência do exemplar.

ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>.

²⁶⁴ Esta solução de conforto do referido dispositivo, demonstra, claramente o nível das discussões, muitas das vezes inteiramente divergentes. Por isso a solução mais fácil e mais branda fora a de simplesmente renunciar-se neste Acordo a possibilidade de debater este problema.

²⁶⁵ Assim refere Oliveira Ascensão no seu parecer sobre a Proposta de Diretiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação ao afirmar a tese da supressão da regra do não esgotamento, firmada pela Diretiva 92/100/CEE, sobre os atos de locação e comodato, por representarem uma circulação mais restrita do que a colocação das obras em linha. Acrescentando ainda que a Diretiva não se constitui como a sede própria desta discussão, entendendo que cabe aos ordenamentos jurídicos nacionais o amadurecimento da mesma. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. Parecer.** Lisboa: APDI, Abril/1998, disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>>, acesso aos 29.09.2012. Ressalte-se que a referida proposta normativa fora aprovada pelo Parlamento do Conselho Europeu, em 22 de Maio de 2001, tendo sido denominada de Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Pontue-se que no seu considerando de número 28 a referida Diretiva tratou de referir o esgotamento sobre o direito do titular da obra de controlar as revendas subsequentes da criação intelectual, após a primeira alienação na Comunidade, excluindo assim os atos de alienação fora da Comunidade; o que importa em referir que não fora consagrado o esgotamento internacional. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Todavia este mesmo considerando, referindo a Diretiva 92/100/CEE, ponderou que não se esgota o exclusivo do autor nas hipóteses de locação e comodato. Para compreender melhor o problema vale a transcrição exata do que esta Diretiva refere neste particular: «Art. 1.º Objecto de harmonização 1. Em conformidade com o disposto neste capítulo, os Estados-membros deverão prever, sem prejuízo do disposto no artigo 5.º, o direito de autorizar ou proibir o aluguer e o comodato de originais e cópias de obras protegidas por direitos de autor e de outros objectos referidos no nº 1 do artigo 2.º. 2. Para efeitos da presente directiva, entende-se por «aluguer» a colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos. 3. Para efeitos da presente directiva, entende-se por «comodato» a colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos ou indirectos, se for efectuada através de estabelecimentos acessíveis ao público. 4. Os direitos referidos no nº 1 não se esgotam com a venda ou qualquer outro acto de distribuição dos originais ou cópias de obras protegidas por direitos de autor ou de outros objectos previstos no nº 1 do artigo 2.º. » EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 92/100/CEE.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0100:PT:HTML>>.

Na verdade, a dificuldade apresenta-se tão somente por conta do meio utilizado pelo criador para fixar a sua criação intelectual de espírito, optando por trocar o mundo do tangível, ainda mais seguro para muitos, pelo intangível, que ainda se vislumbra num mistério para muitos.

Recorde-se, entretanto que fora a própria lei de modo bastante inteligente que atribuiu esta possibilidade ao autor de escolha sobre o corpo mecânico de fixação do seu bem intelectual. Aliás, refira-se que a regra é a liberdade sobre a escolha do suporte de fixação, dado que a lei confere proteção à criação intelectual de espírito do engenho criativo do homem autonomamente de estar ela ou não fixada num suporte, seja tangível ou intangível²⁶⁶.

Obviamente no domínio da intangibilidade é temerário afirmar certamente sobre a existência de verdadeira circulação dos exemplares, pois o ato de transmissão dos exemplares pode vir a ser enquadrado como prestação de serviço e não transmissão de bens²⁶⁷.

Todavia, o problema apresenta-se de outra forma, por isso Oliveira Ascensão defende a necessidade do surgimento de um novo direito, mais adequado à realidade que se apresenta, com a disponibilização da criação intelectual do autor em linha. Assim, tratar-se-ia, refere o autor, mais dum direito de remuneração, do que propriamente um direito exclusivo²⁶⁸.

Mas, a postura da Diretiva 2001/29/CE, não acompanhou este raciocínio, afirmando o não esgotamento pela colocação em linha à disposição do público de criação intelectual protegida pelo direito de autor, ao prescrever em seu art. 3 sobre o direito de comunicação de obras ao público, incluindo assim o direito de colocar à disposição do público²⁶⁹.

²⁶⁶ É deste modo que o Código de Direitos de Autor e Conexos português preleciona: «Art. 10º Suportes da obra. 1 – O direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.» E, também a legislação brasileira de direito de autor, que determina que: «Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

²⁶⁷ Como parece defender Cláudia Trabuço ao ponderar que para a fruição da obra não é mais necessário a figura do exemplar, defendendo que a violação ao direito de autor encontra-se identificada na sua faculdade de reprodução. TRABUCO, Cláudia. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 706-727.

²⁶⁸ Completa o autor «Se a obra está em exploração pública, a remuneração pela utilização informática seria suficiente, prevenindo recusas injustificadas.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. Parecer**. Lisboa: APDI, Abril/1998, disponível em « <http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>», acesso aos 29.09.2012.

²⁶⁹ *In verbis*: «3. Os direitos referidos nos n.os 1 e 2 não se esgotam por qualquer acto de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, contemplado no presente artigo» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de**

Acentue-se que a colocação à disposição do público, não significa necessariamente em distribuição, assim a consequência do esgotamento duma faculdade não implica o da outra. De sorte que é claramente possível defender que o esgotamento do direito de distribuição pode ser enfrentado de forma autónoma.²⁷⁰

Certamente que o sujeito que colocou um bem intelectual protegido pelo direito de autor à disposição do público, não adquire para si em decorrência deste ato o exclusivo de distribuição dos exemplares. Assim é que Oliveira Ascensão destaca, informando que na verdade este ato implicou na possibilidade do sujeito em comercializar exemplares licitamente produzidos no exterior.²⁷¹

Resta concluir, muito humildemente, após o estudo enfrentado nesta seção do trabalho que em tempos de convergência de tecnologias num só dispositivo, os atos de comunicação e colocação da obra à disposição do público pela rede multiplicaram-se. Assim, aquele dispositivo que dantes só realizava cópias, hoje digitaliza o corpo físico mecânico da criação intelectual e através deste mesmo dispositivo, desde que ligado à rede, facilmente transmite, comunica ou coloca a obra à disposição do público, utilizando os espaços de mídias, que interconectados formam uma verdadeira rede social.

Sinceramente esta visão mais fragmentada do ato não fora muito bem percebida pelos juristas em especial pelo que refere o teor da norma²⁷², defendendo que este ato não se refere à transmissão, mas sim a mera colocação à disposição do público.

autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

²⁷⁰ Oliveira Ascensão sobre o assunto indaga-se: «Consagrado agora o direito de colocação à disposição do público, qual o significado jurídico dessa transmissão posterior?» O autor mesmo responde «Começamos por observar que seria inadmissível considerar esta acto reservado, e sujeito por exemplo a nova autorização do autor. Então, a autorização para a colocação da obra à disposição do público não valeria de nada. Na realidade, na primeira autorização estão já compreendidas as transmissões por que ela necessariamente se concretiza.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público.** in Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, p. 105-120. Coimbra: Almedina, 2001, p. 117.

²⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. Parecer.** Lisboa: APDI, Abril/1998, disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>>, acesso aos 29.09.2012. Destacando o autor neste mesmo parecer que «No Relatório afirma-se (págs. 18-19, n.º 3) que em Portugal a entrega em linha de material protegido a utilizadores remotos, por não caber no direito de reprodução, cairia no de comunicação pública. Na realidade, não cai nem num nem noutro; a solução dada ao problema da colocação à disposição em rede é inovadora, não cabendo no direito português actual.»

²⁷² Como prescreve o art. 3.º da Diretiva 2001/29/CE, ao disciplinar sobre o Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material: «1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido. 2. Os Estados-Membros devem prever que o direito

Não é mais possível admitir-se estruturas rígidas para a solução do problema da circulação de conteúdo criativo protegido pelo direito de autor, que fora legitimamente adquirido por um sujeito de direitos. Ou seja, escapa ao desenvolvimento tecnológico, o que implica dizer humano, refrear este modo de compartilhar cultura, conhecimento e informação, impedindo-se assim a criação da figura do exemplar. Pois, como já sabido o surgimento da figura do exemplar esgota o direito de distribuição do autor sobre este bem que passa a ser de titularidade do direito de propriedade do adquirente, não mais representando, portanto, um exclusivo autoral.

Portanto, parece crer, sem embargo que a lei ainda tenta estender o exclusivo de exploração econômica do autor à figura do exemplar, pois pretende controlar as circulações deste agora juridicamente bem móvel e legitimamente adquirido mediante ato de alienação, apenas pelas multiplicidades de relações que a *wide world web* disponibiliza nestes espaços interativos, nos quais as redes sociais estão inseridas.

Como sabido o surgimento da figura do exemplar põe fim a exploração econômica do bem intelectual pelo autor, ou seja, esgotado estará quanto ao exemplar negociado o direito de controle do mesmo sobre os atos subsequentes que importem em transferência do mesmo, quer de forma gratuita ou onerosa; dado que o exclusivo cessou para o seu criador intelectual.

Note-se que o esgotamento está diretamente ligado à faculdade de distribuição do autor que cessou quanto à figura do bem móvel, adquirido legitimamente pelo seu utilizador. Não pode mais o autor querer pretender controlar as subsequentes negociações deste bem que deixou de ser um bem intelectual e passou a ser um bem móvel que se incorporou a esfera jurídica patrimonial do utilizador.

De sorte que o receio geral implantado, diga-se de passagem, não pelos criadores do bem intelectual, mas sim por outros titulares para quem o autor transferiu as faculdades patrimoniais deste bem, produziu um ambiente de instabilidade, que gerou no legislador a

exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe: a) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; b) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas; c) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e d) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite. 3. Os direitos referidos nos n.ºs 1 e 2 não se esgotam por qualquer acto de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, contemplado no presente artigo.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

necessidade premente de recrudescer a norma. Tal instabilidade criou um descompasso e contradição na própria lei, que não admite após o ato de alienação do bem intelectual, que o autor ou demais titulares continuem a controlar a circulação deste bem de forma gratuita.

Não se entende na boa técnica jurídica contradições deste nível que põem em causa a aquisição dum direito por terceiro utilizador que passa a ter natureza jurídica diversa, daquela conferida ao criador do bem intelectual, apenas porque este terceiro resolveu fazer circular o seu bem móvel, objeto de seu direito de propriedade, por outra via que não a convencional, utilizando assim a *world wide web* que cria espaços de interação, permitindo que as relações estabeleçam-se numa rede digital social²⁷³.

Sem embargo, o surgimento da figura do exemplar deve impor aos titulares de direitos autor o respeito aos atos fundados no uso privado realizados por terceiros, inclusive pelo utilizador da obra. Ou seja, trata-se da imposição dum dever de abstenção por parte dos titulares de direitos de autor aos quais se imputam a obrigação de não impedir os atos de utilização fundados no uso privado.

Na verdade após esta solução encontrada cumpre-se analisar na segunda parte desta investigação como interagem o direito de autor e o direito dos terceiros utilizadores do bem que se traduz em transmissão de informação, cultura e conhecimento.

²⁷³ Advirta-se que o direito à propriedade do bem móvel do terceiro utilizador é perpétuo enquanto este bem existir como corpo na esfera jurídica deste terceiro que o adquiriu legitimamente, por outro lado o direito de exclusivo do autor para explorar economicamente a sua criação é temporário. Note-se, assim que a lei de natureza intelectual não pode continuar a estender o exclusivo do autor, sobre os atos de utilização fundados no uso privado apenas em virtude da escolha do meio digital que o terceiro optou para circular o seu bem móvel.

PARTE II - O EQUILÍBRIO DOS INTERESSES TUTELADOS NO USO PRIVADO

Nesta segunda parte da investigação, na senda da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no seu artigo XXVII garante a qualquer sujeito de direitos e obrigações o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios, este direito será analisado em face do interesse protegido pelo direito de autor²⁷⁴.

Preocupar-se-á esta seção com a análise da possível existência de colisão de interesses na proteção conferida pelo direito de autor e o acesso ao conhecimento; ambos garantidos constitucionalmente.

Assim este estudo observará com muita atenção de que forma o espaço livre para uso privado, garantido pelo limite ao exercício do direito de exclusivo do criador intelectual, encontra-se conectado com a satisfação de interesses individuais, como também com a satisfação do interesse socialmente relevante de acesso à cultura, promoção da investigação e da educação.

Evidentemente que a observação a ser realizada mais a frente em seções próprias, tem o condão de verificar se é possível defender a tese duma posição equilibrada entre os interesses conflitantes envolvidos na problemática.

Claro está que a análise não poderá ser realizada unicamente em face da legislação de direito de autor, por isso é que se fará necessário enfrentar também constitucionalmente o tema, que parece estar na ordem do dia, especialmente no seio da comunidade científica²⁷⁵.

Ressalte-se que para além de estar na ordem do dia o enfretamento do tema apresenta-se cada vez mais fortalecido, já que a comunidade acadêmica, em especial, tem-se mostrado bastante

²⁷⁴ Vd. texto completo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> em 20.09.2012.

²⁷⁵ O jornal, *The economist*, em matéria intitulada «The price of information», publicada aos 04.02.2012, noticiou que inúmeros acadêmicos estão a boicotar as grandes editoras e jornais. Salienta que esta ação iniciou-se em 21.01.2012 quando, o professor de matemática da Universidade de Cambridge, Timothy Gowers, publicou um texto num blog, apresentando as suas razões pelo boicote que ele realizava às revistas publicadas por uma das maiores editoras de revistas científicas, a Elsevier. O professor dentre muitas queixas enfatizou principalmente os preços altos praticados pela editora para a submissão e assinatura das revistas, apontando ainda queixas severas sobre as diretrizes que esta editora e outras do gênero adotam. Após esta reação pessoal um grupo de cientistas, cada vez maior, reuniu-se a Timothy Gowers, transformando o seu desabafo em coro que uniu forças para boicotar uma das maiores editoras, a Elsevier, através duma petição online que já conta com mais de 2700 assinaturas de cientistas ao redor do mundo. *THE GUARDIAN. The price of information.* 04.02.2012. Disponível em <<http://www.economist.com/node/21545974>>, acesso aos 30.09.2012.

preocupada com a crise na indústria editorial acadêmica²⁷⁶. Por isso, a intenção é buscar um equilíbrio entre os interesses desta comunidade e a indústria editorial, chegando-se até mesmo a propor uma intensificação no que diz respeito à regra sobre o depósito legal, ampliando-se assim o número de órgãos nos quais o depósito legal deve ser realizado²⁷⁷.

Sempre é bom frisar que a indústria autoral e editorial contempla e envolve a indústria cultural, incluindo, assim diversas atividades correlacionadas e algumas vezes comprometidas em fornecer sustento à criação intelectual fruto de engenho criativo humano, protegida pelo direito de autor²⁷⁸.

Destaque-se, sem receios que a indústria cultural, na verdade, corresponde ao núcleo do resultado criativo, fruto da atividade intelectual do homem. De sorte que, restringi-la a um mero produto criado pela indústria editorial, importa em desconsiderar a atividade criativa humana, em desconhecer a aura do bem intelectual, em reduzir o bem a mais um objeto móvel que as pessoas acumulam ao longo dos anos.

Neste sentido, ao compreender o verdadeiro produto desta indústria cultural, ou seja, entender a concepção do resultado fruto de sua produção, bem como os seus limites; implica necessariamente em questionar-se sobre a posição do direito frente à mesma. Resulta, por conseguinte em verificar quais os enfrentamentos que esta indústria provoca na indústria editorial, que tende a percorrer um caminho estreito, tortuoso e que estabelece incertezas para o sucesso de ambas as indústrias.

²⁷⁶ Sobre a proposta de intensificação das regras sobre o depósito legal vd: SOUTO, Patícia Cristina Nascimento; OPPENHEIM, Charles. **Direitos autorais e o movimento do acesso aberto: um equilíbrio que demanda novas atitudes**. In: FERREIRA, Sueli Mara Soares Pinto; TARGINO, Maria das Graças (Org.). **Mais sobre revistas científicas: em foco a gestão**. São Paulo: SENAC São Paulo, 2008.

²⁷⁷ No Brasil a Fundação da Biblioteca Nacional é a única beneficiária da Lei n.º 10.994/04. BRASIL. **Lei n.º 10.994, de 14 de Dezembro de 2004**. Dispõe sobre o depósito legal de publicações, na Biblioteca Nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110994.htm>. Mas, em Portugal, como não podia ser diferente, o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 74/82 apresenta uma lista dos beneficiários do depósito legal. PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 74/82 da 3 da Março**. Depósito legal de publicação. Disponível em <<http://www.dre.pt/pdf1s/1982/03/05100/04760478.pdf>>. Para o efeito determina a obrigatoriedade de depósito em 14 exemplares, enquanto que no Brasil a lei fala em um ou mais exemplares. Tanto no Brasil como em Portugal o depósito legal é realizado pelos impressores, ou seja, aqueles que por qualquer meio de reprodução efetuam cópias autorizadas das obras. Note-se que, nos dois ordenamentos jurídicos, o legislador pretende garantir a efetivação do depósito, levando em consideração as questões de ordem prática. É muito mais fácil exigir do impressor a efetivação do depósito do que ao editor ou ao autor.

²⁷⁸ Advirta-se, no entanto, que a indústria editorial não apenas envolve a indústria cultural, mas diversas outras que direta ou indiretamente contribuem para a circulação do bem intelectual. Tais indústrias realizam atividades dependentes, mas extremamente importantes, pois são incumbidas da produção de equipamentos inúmeros, quer para a sua produção, como para a sua utilização, manutenção; de serviços de distribuição, que envolve a atividade dos livreiros, das bibliotecas, dos videoclubes, dos prestadores de serviço em linha; e, as de transporte.

Em boa verdade nesta seção a presente investigação irá tentar desmistificar quais os interesses que a indústria editorial pretende atender e a possibilidade do estabelecimento de limites na perseguição destes interesses, em face dos interesses que a indústria cultural tenciona satisfazer. Nesta análise, confrontando estes dois interesses, identificar se os mesmos são conflitantes e, o sendo, delimitar a hipótese dum equilíbrio entre os mesmos.

O problema de acesso ao conhecimento encontra-se articulado por outros, como o da ação, o da identidade e o da liberdade em três escopos que são distintos.

Como já pontuado em linhas acima a indústria editorial depende das atividades outras que envolvem nomeadamente a reprodução e a distribuição, isto significa dizer que esta depende inequivocamente de agentes informados, que destacam vantagens para a satisfação de seus próprios interesses, bem como de seus financiadores.

Outrossim, o domínio do conhecimento encontra-se estruturado numa linha fronteira, que identifica e delimita a existência de dois espaços, isto é, de duas realidades opostas. De um lado da linha organizam-se os que desejam o acesso irrestrito ao bem intelectual e do outro os que pretendem restringir o acesso a estes mesmos bens.

Sem dúvidas, que o estabelecimento dum espaço harmônico entre estas duas realidades, corresponde a uma tarefa do direito, pois fora a lei ao criar o exclusivo para o autor que não se preocupou em verificar os reflexos que o exclusivo traria, separando estas duas realidades que necessitam urgentemente de serem conformadas²⁷⁹.

Notadamente esta tarefa é árdua e requer a necessidade de intensificar os estudos e organizar todos os interesses que a circundam, com o fito de equilibrá-los, evitando-se assim a violação de interesses que são protegidos pela lei. Pois a sobreposição dum interesse implica necessariamente na mitigação do outro; ou seja, ao estabelecer-se, por exemplo, que o acesso ao bem intelectual constitui-se numa forma de liberdade, ao se reservar esse bem, incorrer-se-ia em limitação da liberdade neste espaço de convivência entre estes dois interesses.

Não se olvide de acentuar, sobre o problema que ora se enfrenta, inclusive quando a presente investigação preocupou-se na primeira parte em estudar o fenômeno da sociedade e da

²⁷⁹ Trata-se na verdade das duas faces duma mesma moeda e seguindo o que refere Amartya Sen, a ausência da pobreza implica a privação de capacidades, ou seja, uma forma de não liberdade. SEN, Amartya. **The Political Economy of Targeting**. In: VAN DE WALLE, Dominique; NEAD, Kimberly. **Public Spending and the Poor: Theory and Evidence**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995, p. 11-24.

economia da informação, que o século XX representou um excelente cenário para o surgimento de várias tecnologias da informação e da comunicação.

A revolução nos meios de comunicação oriunda das novas tecnologias permitiu que as mídias digitais trabalhassem com novas linguagens, novas práticas culturais, novas formas de produzir e de distribuir conhecimento.

Obviamente que a revolução gerada pelas novas tecnologias representou mais uma alternativa para o desenvolvimento de direitos sociais ainda não efetivados, no sentido de veicular a informação a praticamente custo zero, democratizando o conhecimento. A realidade tecnológica do século XX, mais ainda a do atual século XXI, apresentou para as ciências, em especial a jurídica, novos paradigmas, novas formas de celebrar negócios, potencializando a produção dos efeitos jurídicos produzidos que se irradiam não somente mais no espaço físico, tangível, como também no espaço digital, intangível.

Nancy Fraser, numa análise das liberdades privadas, demonstra qual o modelo de reconhecimento de status para um indivíduo, ponderando que o mesmo é deontológico e não sectário. E esclarece que esse modelo de status corresponde à concepção de justiça e não de boa vida. Por força desta concepção a autora identifica que a principal característica da modernidade corresponde ao espírito da liberdade subjetiva. E conclui que este espírito de liberdade corresponde a uma responsabilidade a ser alcançada pelos indivíduos, cabendo a cada um deles definir o que se adéqua melhor ao seu modo de vida²⁸⁰.

Como é óbvio, cabe neste estudo observar que, particularmente, no Brasil, este novo modo de vida, que se constitui através de redes sociais, sustenta-se com a ampliação dos direitos sociais, pela Carta Magna brasileira de 1988²⁸¹, dentre os quais vale ressaltar, para a lógica do presente trabalho, os direitos à cultura, educação e à comunicação social²⁸².

²⁸⁰ Nancy Fraser ainda pondera que « A norma da paridade participativa invocada aqui não é sectária no sentido referido. Ela pode justificar reivindicações por reconhecimento como normativamente vinculantes para todos aqueles que concordem em seguir os termos justos da interação, sob as condições do pluralismo valorativo ». FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem Ética?** Trad. Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga. Lua Nova: São Paulo, 70, p. 101-138, 2007, p. 112-113.

²⁸¹ Ressalte-se que a Constituição brasileira surge em meio ao espírito de antagonismo aos tempos do militarismo, tornando-se a constituição mais democrática que o país já teve; a chamada Constituição Cidadã. Sobre o tema vide BITTAR, Eduardo Carlos. B. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

²⁸² De acordo com a teoria geracional, também intitulada dimensional, de autoria de Bobbio os direitos sociais e culturais configuram-se como aqueles de segunda geração ou direitos de igualdade, que surgiram no contexto do pós-guerra com advento do Estado-Social. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. (Trad.) Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Por isso, imperioso assinalar que a isonomia, alcançada desde então, não é apenas formal, mas sim real; cabendo ao Estado a prestação destes direitos, que deve ser distribuída de maneira equitativa, entre os dois interesses conflitantes. Na perspectiva de Paulo Bonavides: «São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo

Registre-se que a tutela da lei concernente à educação e cultura, primeiramente faz-se constitucionalmente²⁸³, o que na expressão de Canotilho e Vital Moreira²⁸⁴, corresponde a «aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura ou constituição cultural». E para José Afonso da Silva a Carta Magna brasileira de 1988 conferiu especial relevo a cultura, formando o que se denomina de ordem constitucional da cultura²⁸⁵.

Note-se que esta ordem de proteção às atividades culturais, no ordenamento jurídico brasileiro, também pode ser encontrada no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸⁶, e ainda no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do qual o Brasil é signatário²⁸⁷.

Para além desta ordem constitucional da cultura, observe-se que a Carta Magna brasileira garante também a liberdade de comunicação, que se encontra prevista em seus dispositivos 220 e 5º, IX. Esta garantia constitucional, claramente, garante a qualquer um a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença²⁸⁸.

Ademais, registre-se que para corporificar esta ordem constitucional da cultura, é preciso que se confira tutela à educação, pois como bem observa Célio Tourinho «Reaproximar Cultura e Educação é reaproximar alma e corpo»²⁸⁹. A declaração deste direito social foi pela primeira

das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula». BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p.564.

²⁸³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disciplina estes direitos nos seguintes dispositivos: arts. 5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, art. 205 a 217.

²⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 361.

²⁸⁵ Para José Afonso, os direitos culturais são: a) direito de criação cultural; b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; c) direito de difusão da cultura; d) liberdade de formas de expressão cultural; e) liberdade de manifestações culturais; f) direito-dever estatal de formação de patrimônio cultural e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público (art. 215 e 216). SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

²⁸⁶ No Capítulo IV, intitulado Dos Direitos Fundamentais, e mais especificamente no art. 53.

²⁸⁷ Nos arts.13 e 15.

²⁸⁸ Cf. MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 24.ª São Paulo: Atlas, 2009, p. 835.

²⁸⁹ TOURINHO, Célio. **A Potência da CULTURA – ensaio com sugestões para programas de governo**. Revista Forum, 04.09.2012. Disponível em <<http://revistaforum.com.br/brasilvivo/2012/09/04/a-potencia-da-cultura-ensaio-com-sugestoes-para-programas-de-governo/>>, acesso aos 15.09.2012. O autor destaca que «Quando a Educação se afasta da Cultura ela perde sua alma. Quando a Cultura se afasta da Educação ela perde seu corpo».

vez expressa constitucionalmente na Carta Magna brasileira de 1988, nos seus arts. 6.º e 205 a 208, que considera a educação um direito de todos e um dever do Estado²⁹⁰.

Retornando à Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais uma vez na análise do seu art. XXVII, e discutindo-se agora os seus incisos I e II, pondere-se que a conformação pretendida é a de associar o direito cultural aos direitos do autor. Inegavelmente esta previsão tem como escopo a manutenção do sistema democrático, garantindo o acesso ao conhecimento, mas em respeito ao exclusivo do autor.

Afirme-se, ainda, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, nestes dispositivos estabelece que constitui garantia de todo homem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios; bem como, o direito à proteção dos seus interesses pessoais e patrimoniais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Claramente é possível identificar neste dispositivo de garantias fundamentais universais que tanto o direito de acesso ao conhecimento, como o exclusivo do criador intelectual se encontram protegidos no mesmo nível sem sobreposição.

De mais a mais, afirme-se que a tutela dos direitos do autor encontra-se intimamente ligada ao conteúdo criativo da expressão do engenho humano²⁹¹.

²⁹⁰ A conexão destas duas garantias constitucionais refira-se é essencial para a consolidação da democracia, uma vez que é através das mesmas que se formam cidadãos com capacidade de julgamento e escolha de seus representantes. É assim que aponta Maria Victoria Benevides, deixando bastante clara a conexão entre estas duas garantias constitucionais com vista ao alcance da democracia através da educação e, por conseguinte da cultura «A formação intelectual e a informação - da antiguidade clássica aos nossos dias trata-se do desenvolvimento da capacidade de conhecer para melhor escolher. Para formar o cidadão é preciso começar por informá-lo e introduzi-lo às diferentes áreas do conhecimento, inclusive através da literatura e das artes em geral. A falta, ou insuficiência de informações reforça as desigualdades, fomenta injustiças e pode levar a uma verdadeira segregação. No Brasil, aqueles que não têm acesso ao ensino, à informação e às diversas expressões da cultura lato sensu, são, justamente, os mais marginalizados e "excluídos".» BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação para a Democracia**. Conferência proferida no âmbito do concurso para Professor Titular em Sociologia da Educação na FEUSP, 1996. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-1/educacao-para-a-democracia-1/apresentacao/textos-1/Educacao%20para%20a%20Democracia%20-%20Maria%20Victoria%20Benevides.pdf>>, acesso aos 15.09.2012. Por isso é neste processo, o direito a comunicação, ao diálogo, a troca de informações, é um veículo também necessário na construção de uma sociedade com indivíduos com consciência de mundo e de sua cidadania. Paulo Freire neste mesmo sentido aponta: « O diálogo não é um produto histórico, é a própria historicização. E ele, pois, o movimento constitutivo da consciência que, abrindo-se para a infinitude, vence intencionalmente as fronteiras da finitude e, incessantemente, busca reencontrar-se além de si mesma. Consciência do mundo busca-se ela a si mesma num mundo que é comum; porque é comum esse mundo, buscar-se a si mesma é comunicar-se com o outro. FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 16. Aponte-se, por conseguinte, que o tripé, educação, cultura e liberdade de expressão, portanto, são elementares para a construção de um sistema verdadeiramente democrático. O Estado deve estar atento a toda e qualquer ferramenta que possibilite a consolidação de tais direitos, por qualquer meio de comunicação.

²⁹¹ Como referido na primeira parte desta investigação para que o criador intelectual tenha êxito na exploração econômica do exclusivo garantido artificialmente pela lei, é preciso que o consumidor apresente disponibilidade

Sem dúvidas o moderno direito de autor garantiu ao criador dum bem intelectual a aquisição da conquista do exclusivo para o mesmo. Todavia, em tempos de sociedade da informação apresentam-se novos paradigmas em face do direito de acesso ao conhecimento garantido a qualquer homem. É assim, que o acesso ao bem intelectual tanto representa um interesse de natureza pública, pois garante a qualquer um a possibilidade de através deste bem obter cultura, educação e conhecimento; como, também um interesse de natureza privada, já que garante ao criador intelectual deste bem a possibilidade de retirar do mesmo o seu exclusivo de exploração econômica.

Como já referido, a revolução gerada pelas novas tecnologias de comunicação permitiu o surgimento de novos bens e serviços, alterando profundamente toda a cadeia produtiva, invertendo os papéis, permitindo a realização de novas espécies de negócios²⁹².

O século XX representou a era da microeletrônica, mas o atual século XXI inaugura a nanotecnologia²⁹³, o que permite o aparecimento dum ambiente virtual nunca dantes imaginado, tornando possível a convergência das tecnologias e das informações, ampliando completamente o horizonte do saber humano e modificando inteiramente todas as relações pessoais e patrimoniais entre os sujeitos de direito.

Este novo paradigma tecnológico vem conduzindo o homem à Era do Conhecimento, na qual o acesso às informações torna-se vital para que este se relacione quer pessoal, como patrimonialmente na sociedade da informação; o que se destaca sem sombra de dúvidas pela transferência da antiga tradição da aquisição de bens tangíveis para os intangíveis.

Portanto, a informação e o conhecimento são os elementos principais desta nova interação social que apresenta uma nova dinâmica competitiva em toda a economia que aguerridamente

para pagar o preço estipulado; pois caso contrário a despeito da lei atribuir-lhe o exclusivo este não é garantidor do êxito na exploração econômica.

²⁹² PEREZ, Carlota; FREEMAN, Christophe. **Structural crises of adjustment, business cycles and investment behavior**. In: DOSI, G. et al. (Eds.). *Technical change and economic theory*. Londres: Pinter Publishers, 1988. p. 38-66.

²⁹³ A nanotecnologia constitui-se na área das ciências aplicadas que se dedica a estudar o controle e a manipulação da matéria numa escala inferior a um nanômetro (Nm); ou seja, trabalha na escala do micrômetro, que corresponde a um milímetro dividido por mil, o mesmo que dizer, ao nível dos átomos e moléculas que são denominados de nanomateriais. Refira-se que 1Nm (um nanômetro) corresponde a 1 bilionésimo do metro. Mister destacar que existem dois modos para compreender e entrar no «nanomundo», quais sejam: a fabricação molecular que tem como objetivo a manipulação de átomos individuais e a ultra miniaturização que corresponde ao resultado de dispositivos cada vez menores. Pondere-se ainda, que a nanotecnologia é na verdade um conjunto de técnicas multidisciplinares oriundas da nanociência. Sobre o tem vd. FEYNMAN, Richard. **There's Plenty of Room at the Bottom**. in Encontro Anual da Sociedade Americana de Física, 29.12.1959, California Institute of Technology (Caltech), 1.ª publicação in *Caltech Engineering and Science*, vol. 23:5, Fevereiro.1960, pp 22-36. Disponível em <<http://www.zyvex.com/nanotech/feynman.html>>, acesso em 30.09.2012.

competem na busca pela inovação²⁹⁴. De sorte que, o processo de geração e difusão de conhecimentos é estudado como o motor do desenvolvimento econômico²⁹⁵.

Afirme-se que ao se articular a informação com as novas tecnologias de comunicação²⁹⁶ da sociedade da informação, as bases estruturais da economia alteram-se, especialmente em relação àqueles que têm como objeto do seu negócio a informação e o conhecimento.

Sem embargo, foi o surgimento da *world wide web*, a mola propulsora do incremento no fluxo e na disponibilidade de acesso à informação e ao conhecimento, que conforme já referido em linhas acima, multiplicou a capacidade de negociar dos sujeitos, já que apresentou novas modalidades de negócios. Apresentando estes novos negócios, inegavelmente, a característica comum de queda ou mitigação das barreiras físicas e temporais que se apresentavam como óbices ao aperfeiçoamento dos negócios, ou que aumentavam de sobremaneira o custo da produção.

Óbvio está que a existência duma rede aberta e permeável, permite constituir-se um sistema descentralizado. Em contrapartida a vantagem da descentralização, possibilitando ao utilizador da rede trabalhar como sujeito que disponibiliza informação e que colaciona e armazena esta mesma informação; apresenta-se como um complicador, dado que a localização dos sujeitos que partilharam informação, utilizando um sistema descentralizado, no qual todos funcionam como «servidor e utilizador», torna-se bastante difícil²⁹⁷.

Importa também referir, que as Universidades, ou seja, a ambiência acadêmica contribuiu de sobremaneira para instalar-se um espaço de acessibilidade livre; multiplicando assim o uso da rede, bem como os atos de transferência de conhecimento.

²⁹⁴ Vd. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002.

²⁹⁵ LASTRES, Helena; ALBAGLI, Sarita. **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p.8.

²⁹⁶ A expressão TIC, corresponde à abreviatura de Tecnologias da Informação e Comunicação, comumente utilizada no mercado que trabalha diariamente com a convergência entre as inúmeras redes tecnológicas, quer seja em atividade de armazenamento, como também de tratamento e transmissão da informação; assim, multiplicando a capacidade de distribuição, dado o número crescente de mecanismos de reprodução, no qual milésimos de segundos são computados como fatores de reduzindo dos custos nas transmissões da informação. Registre-se, mais ainda, que a utilização desta terminologia, na verdade, corresponde à reunião das áreas de informática, telecomunicações, comunicações, ciência da computação, engenharia de sistemas e de software.

²⁹⁷ Sem receio de cometer equívocos, acentue-se que estas redes abertas instaladas em ambiente completamente propício à convergências das informações é ampliada pelo fenômeno da globalização e da interatividade cultural.

Note-se que este conhecimento corresponde àquele compartilhado com os utilizadores da rede como um bem livre, que não se encontra fixado num suporte físico tangível, tornando-se deveras problemático definir, consoante o modelo económico tradicional, a sua escassez²⁹⁸.

Acentue-se, seguindo este raciocínio que a capacidade de geração de riqueza económica de um determinado bem intelectual irá especificar o valor deste. Note-se, também, que as novas tecnologias de comunicação, para além de promoverem a redução dos custos da produção do bem intelectual, geraram novos modelos de fazer negócios, conforme já analisado na primeira parte desta investigação²⁹⁹.

Logicamente que estes novos modelos negociais, devem levar em consideração que não se pode aplicar a doutrina tradicional de apropriação de bens corpóreos, dado, como é sabido, ser impossível ao bem intelectual assumir esta mesma categoria, por força da sua intangibilidade.

A tutela atribuída pela ordem jurídica a esta categoria de bens incorpóreos, como é a hipótese dos bens intelectuais, ora em discussão, deve levar em consideração a natureza particular do mesmo. Pois, o bem intelectual constitui-se um repositório de acesso ao conhecimento, educação e cultura, protegido pela lei; mas também se configura na expressão criativa do autor, que possui tutela própria adequada à escassez artificialmente criada pela lei³⁰⁰, que proporciona ao criador a prática de atos exclusivos de exploração económica da sua atividade intelectual.

É assim, que se coloca a tensão entre os interesses do público, utilizador da obra, ávido pelo acesso ao conhecimento, educação e cultura, proporcionado pela aquisição do bem intelectual; e, o interesse do autor, em tutelar a sua atividade intelectual criativa, preocupado em auferir

²⁹⁸ Destaque-se ainda, como bem refere Castells que fora nas Universidades pela primeira vez nos Estados Unidos implantado um modelo de rede descentralizado. Portanto, fora o meio académico responsável em grande medida por alterar o modo de comunicação em redes abertas, erodindo a noção de âmbito privado. Obviamente, que este novo modelo propiciou uma multiplicação de relações, que fomentaram o desenvolvimento destas redes abertas e por conseguinte facilitou a difusão da comunicação; ou seja, o acesso ao conhecimento fora democratizado dum modo como nunca dantes experimentado. Para maior profundidade sobre as redes conectando sujeitos, vd. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002.

²⁹⁹ A despeito da facilidade de multiplicação dos atos de transmissão de conhecimento, observe-se que nem todo e qualquer conhecimento é passível de apreensão por este ato de transmissão. Segundo Cassiolato o conhecimento tácito, ou seja, aquele relacionado ao processo de aprendizagem, depende das interações sociopolítica-económica e cultural às quais o sujeito encontra-se vinculado, dado a sua necessidade de adquirir competências e habilidades técnicas. CASSIOLATO, José Eduardo; GUIMARÃES, Vicente; PEIXOTO, Flávio e LASTRES, Helenal. **Innovation Systems and development: what can we learn from Latin America experience?** in Globelics Conference, 3, 2005. Proceedings. Pretoria, South America, 2005, p. 1-22.

³⁰⁰ Apontando a normatividade do Direito de Autor Luis Menezes Leitão aponta que: «(...) o direito de autor corresponde a um direito-quadro, que engloba vários direitos subjectivos específicos que se unificam num complexo unitário: a permissão normativa de aproveitamento de uma obra intelectual.» LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito de autor**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 45

dela a devida remuneração atribuída pelos negócios que transacionam esta categoria de bens especiais.

Frise-se que o exercício do direito atribuído ao utilizador da obra, como adquirente dum bem intelectual e do direito de exclusivo conferido ao criador do bem intelectual, não se contrapõem, mesmo em sede de domínio da *world wide web*. Muito pelo contrário, devem ambos os exercícios harmonizar-se por forma a viabilizar estes novos modelos negociais que se estabeleceram no âmbito da sociedade da informação, em tempos de revolução dos mecanismos de comunicação.

Observe-se, todavia que o problema da conciliação entre estes dois interesses toca de perto o fato da reprodução dos conteúdos protegidos pelo direito de autor disponibilizados na internet, multiplicarem os atos de duplicação e disponibilização da obra ao público, a um custo quase zero. Óbvio está que estes novos atos de comunicação da obra ao público na rede, vem de certo modo acrescentando mais um obstáculo ao autor para obter a remuneração no exercício do exclusivo garantido constitucionalmente.

Por outro lado, ressalte-se que também a inovação, sempre bem vinda, das novas tecnologias de comunicação, trouxe à baila a necessidade de proteger o bem intelectual que circula, em ritmo desenfreado; daí o surgimento de mecanismos de segurança, por forma a dificultar, ou até mesmo a impedir atos de reprodução e subsequente disponibilização da obra protegida.

É neste enfrentamento de forças, entre o exclusivo do autor e o acesso ao conhecimento do público, que reside grande parte o objeto desta investigação³⁰¹. Não se esqueça, ademais que ambas as faculdades garantidas constitucionalmente, têm limites estabelecidos pela lei, permitindo atos de reprodução lícita e também a normal exploração econômica do bem intelectual.

Ademais, recorde-se que a revolução dos meios de comunicação vem democratizando o acesso ao conhecimento e, ainda mais a penetração da obra protegida em pontos geográficos nunca dantes imaginados. Portanto, a despeito da tensão existente, ambas as garantias também foram beneficiadas pelas novas tecnologias; pois, tanto o autor vê o seu público ampliado, como o público tem acesso a conteúdos que dantes se encontravam restritos a um grupo seletivo.

³⁰¹ Sobre os novos paradigmas do espaço público vd. HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

Em boa medida a tecnologia digital, foi capaz de transformar um bem intelectual numa sequência de números binários, ampliando de sobremaneira as novas formas de compartilhar informações³⁰². A pedra de toque desta transformação, foi o surgimento do compartilhamento de arquivos em linha³⁰³. Estes mecanismos de compartilhamento, executados por programas de computador, apresentam uma grande capacidade de, ao mesmo tempo, trabalhar com centenas de milhares de arquivos que são transferidos pela rede de um ponto a outro; ou seja, dum utilizador para outro.

De sorte que, todas estas transformações advindas da revolução nas tecnologias de comunicação, estão a empreender um ritmo frenético como já previra em sua poesia Álvaro de Campos³⁰⁴, em menos de três décadas tudo foi transformado. No mundo tecnológico o que está para vir é antecipado e o que está para ser, já aconteceu. Ao direito, neste cenário, cabe desenvolver mecanismos eficientes e capazes de equilibrar as garantias constitucionais conflitantes.

³⁰² Fora somente na década de 90 que o acesso a diversos formatos de arquivos, transformou o modo como se acessava à rede e o modo como as informações eram partilhadas; muito fruto do trabalho árduo do grupo de pesquisadores do CERN (Centre Européen pour Recherche Nucleaire), um dos principais centros de pesquisas físicas do mundo, localizado em Genebra. A invenção do CERN possibilitou a expansão do universo de arquivos que podiam trafegar pela rede, permitiu que músicas, sons, animações fossem também transportados via rede, tudo isso em modo gráfico. TORRES, Aracele Lima. **Copy me e Remix me: o movimento de contestação do copyright no ciberespaço**. In: X Semana de História da UFPI, 2009, Teresina. Caderno de Resumos da X Semana de História da UFPI. Teresina: EDUFPI, 2009.

³⁰³ Vd. ORLIKOWSKI, Wanda J., BARLEY, Stephen R. **Technology and Institutions: What Can Research on Information Technology and Research on Organizations Learn from Each Other?** MIS Quarterly Vol. 25, n.º. 2 (Jun., 2001), pp. 145-165. Minnesota: Management Information Systems Research Center, University of Minnesota.

³⁰⁴ Álvaro de Campos é um dos heterónimos do poeta português Fernando Pessoa que o descrevia como um engenheiro de educação inglesa e origem inglesa, mas sempre com a sensação de ser um estrangeiro em qualquer parte da África, melhor um homem que não pertencia ao seu tempo. «Eia comboios, eia pontes, eia hotéis à hora do jantar, Eia aparelhos de todas as espécies, férreos, brutos, mínimos, Instrumentos de precisão, aparelhos de triturar, de cavar, Engenhos brocas, máquinas rotativas!» PESSOA, Fernando. **Odes Triunfais**. In Revista Trimestral de Literatura, ed. Antonio Ferro, Orpheu, n.º 1, 1915.

2.1 O interesse protegido pelo direito de autor

Nesta senda, o desenvolvimento rápido das tecnologias e das novas formas que o homem encontrou para conviver socialmente ou no mundo dos negócios não pode perder de vista as garantias constitucionais já reconhecidas.

A proteção do exclusivo de exploração econômica do autor deve ser harmonizada diante da nova realidade tecnológica que facilita e promove o acesso do público em geral à criação de espírito do autor.

Como é óbvio, e já reiterado nesta investigação, não só o desenvolvimento, mas também a difusão das novas tecnologias de informação proporcionaram uma grande transformação na sociedade. Logicamente a tutela conferida ao direito de autor pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais abalou-se profundamente, em especial nas suas bases, gerando, assim, conflitos entre as garantias constitucionais, inclusive reafirmadas pelas leis de direito de autor.

Aponte-se, ao mesmo tempo em que as novas tecnologias digitais proporcionam a multiplicação dos meios de reprodução, criam mecanismos tecnológicos de controle destas reproduções e ainda permitem o livre acesso e a utilização das informações que se encontram disponibilizadas em linha³⁰⁵.

Importa realizar, neste ponto, um parêntese, sobre o vocábulo interesse, já que este possui múltiplos significados, nos diversos planos do conhecimento científico, sobretudo econômico, jurídico e social. Tal multiplicidade deve-se ao fato de que, na medida em que o ser humano obrigatoriamente mantém uma convivência social, externa algumas modalidades de interesses, para que possa satisfazer as suas necessidades.

Assim é que, uma definição clássica revela quão natural ao homem é o interesse: «posição favorável à satisfação de uma necessidade».³⁰⁶ Portanto, com base nessa definição, e considerando que os bens são os meios pelos quais o homem satisfaz as suas necessidades, constata-se que o interesse apresenta-se, geralmente, sob uma acepção econômica.

³⁰⁵ Cf. WACHOWICZ, Marcus. **Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação**. Curitiba: Juruá, 2004.

³⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. I. Campinas: Classic Book, 2000. p. 55.

Note-se, que as palavras vantagem, proveito, lucro, ganho são marcantes nessas definições, e que, a despeito de serem básicas, demonstram que, normalmente o interesse é econômico. E, mais ainda, assentam a base para a configuração do interesse do autor.

Refira-se, que muito embora o interesse do autor traduza-se, *prima facie*, como de utilidade econômica, este pode fundar-se numa vantagem cujo escopo seja diverso do econômico. Por isso, falar-se na especialização do interesse, em interesse pessoal e econômico, que justificam a formação do interesse jurídico³⁰⁷.

Destaque-se, ainda, que a noção primeira de estar o interesse associado unicamente à vantagem ou utilidade econômica, não é absoluta. Pois que, a satisfação de necessidades outras, ainda que não traduzam diretamente proveito econômico, decorre da manifestação de interesse do autor que deseja ver legada a sua expressão criativa à humanidade, perpetuando-se assim o seu engenho criativo para as gerações vindouras.

Todavia, importante é salientar que o interesse do autor, cuja delimitação se busca na presente seção da investigação, é predominantemente econômico. Daí a dificuldade na aceitação de interesse com escopo eminentemente pessoal, que, aparentemente, é conflitante com o fim lucrativo obtido através da remuneração advinda da concessão pela lei do exclusivo temporário de exploração econômica do autor.

Saliente-se que um traço essencial dos interesses *lato sensu* é aquele que representa simplesmente a ideia de vantagem. Pois, nascem e se desenvolvem nos limites psíquicos da própria pessoa; ficam apartados do plano jurídico. Mais ainda, como possuem conteúdo axiológico amplo e variável, inúmeros são os seus exemplos, como, o de um bacharel que aspira ser aprovado num concurso da magistratura; o do sujeito que deseja adquirir um carro importado, ou tornar-se o escritor mais célebre de toda a humanidade.

De sorte que, enquanto permanecem restritos à esfera psicológica, independem de norma jurídica para que existam. E, mesmo sendo intra-subjetivos, possibilitam combinações entre si, de indiferença, instrumentalidade ou incompatibilidade³⁰⁸.

³⁰⁷ A associação à vantagem econômica é reconhecida por De Plácido e Silva, que, no entanto, esclarece: «(...) o interesse, embora concebido geralmente como utilidade econômica, pode fundar-se em uma vantagem de ordem moral. (...) Na evidência da importância, da utilidade e da vantagem, mesmo sem medida financeira, assenta a idéia do interesse, que possa ser tido por uma pessoa em relação às coisas ou aos fatos.» SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 10.^a ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 497.

³⁰⁸ JAEGER, Pier Giusto. **L'Interesse Sociale**. Milão: Giuffrè, 1964, reimp, Milão, 1972, p. 7.

Outrossim, para além da indiferença, pode ocorrer que os interesses sejam incompatíveis ou conflitantes, quando a satisfação de uma necessidade necessariamente exclui a de outra, por ser incompatível com ela. Neste sentido, o conflito de interesses, daí originado, demonstra que a situação favorável à satisfação de uma necessidade obrigatoriamente exclui a satisfação de uma necessidade distinta³⁰⁹.

No entanto, nenhuma das modalidades de relações tem relevância jurídica, pois a valoração é feita no foro íntimo do titular do interesse.

Por isso é que os interesses comuns não são relevantes para a presente investigação. Somente o interesse juridicamente considerado será retratado, e, nesse caso, o conteúdo valorativo é prefixado na norma, inexistindo um conteúdo axiológico amplo, variável e indeterminado, como ocorre nos interesses *lato sensu*³¹⁰.

Refira-se, contudo, não ser pacífico o reconhecimento de que os direitos subjetivos contêm, em seu núcleo, um interesse jurídico. Há autores³¹¹ que, a par do interesse, identificam na vontade o núcleo do direito subjetivo, utilizando, como exemplo, o contrato, onde há atuação da vontade e do interesse, sendo aquela dirigida em função deste.

A despeito da aparente identificação, interesse jurídico não se confunde com interesse de agir, na medida em que este é de natureza processual, ao passo que aquele é considerado interesse substancial ou material, que, de modo subjetivo, ampara o indivíduo, em juízo ou não. Ressalte-se ainda que o interesse jurídico, em sentido substancial, é considerado pelo Direito como necessário à formação do interesse processual, ou seja, corresponde ao núcleo ou conteúdo de um direito subjetivo.

Mister assim destacar, uma consideração relevante a respeito do interesse jurídico; uma vez que não se trata de uma nova modalidade de interesse, coexistente com o interesse econômico. A acepção jurídica cujo conteúdo valorativo é prefixado na norma, geralmente, leva em consideração o interesse tomado em seu aspecto econômico.

³⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. I. Campinas: Classic Book, 2000, p. 61.

³¹⁰ Neste sentido Péricles Prade pondera: «Interesse jurídico, em sentido substancial, corresponde ao núcleo ou conteúdo de um direito subjetivo, existindo, no entanto, interesses substanciais que escapam da esfera da subjetivação, sendo consequência da aplicação da própria ordem jurídica.» PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 59.

³¹¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1. parte geral. 10.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 376.

Por isso, mais correto do que se referir a um interesse jurídico, é reconhecer a existência de um interesse econômico e pessoal juridicamente tutelado. Noutras palavras, coexistem no interesse jurídico três elementos: o econômico e o pessoal, representado pelo interesse, e o jurídico, caracterizado pela tutela jurídica.

Mais ainda, juridicamente considerado, o interesse é reconhecido como uma palavra de classe, por «normalmente advir adjetivada no discurso dogmático, falando-se em interesse individual, interesse público, interesse primário, interesse secundário, interesse de agir, interesse social, interesse difuso, etc.»³¹².

Como já referido o interesse³¹³ é a relação entre um sujeito e um bem, na qual aquele encontra neste a satisfação da sua necessidade. Assim, é natural que qualquer pessoa, para expressar-se no mundo jurídico como sujeito de direitos, pretenda concretizar um interesse³¹⁴. Daí, estabelecendo-se o interesse como a posição favorável à satisfação de uma necessidade, pode-se, então, delimitar a existência de um interesse individual e outro coletivo.

Há interesses individuais, quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade possa ser determinada com respeito a um indivíduo apenas. Pelo contrário, existem interesses coletivos, quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade não possa ser determinada a não ser com respeito a vários indivíduos de uma vez; ou noutras palavras, quando a situação favorável a cada um, para a satisfação de uma necessidade sua não pode ser determinada a não ser em conjunto a outras idênticas situações favoráveis aos demais membros de determinado grupo³¹⁵.

De qualquer forma, esta pretensão de concretização de um interesse, tem uma vertente subjetiva e outra objetiva. Ou seja, o interesse pode assumir-se de modo consciente pelo seu

³¹² PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.18.

³¹³ Refere a propósito Pier Jaeger, que o «interesse é a relação com um sujeito, apto a satisfazer uma necessidade, e um bem idóneo a satisfazer tal necessidade, determinado na previsão geral e abstrata da norma» JAEGER, Pier Giusto. **L'Interesse Sociale**. Milão: Giuffrè, 1964, reimp, Milão, 1972, p. 3.

³¹⁴ O Prof. Dr. Pedro Pais de Vasconcelos leciona que a natureza das coisas consiste na reunião das realidades físicas e morais que no direito «intervém, como catalizador, na legislação, no momento da normação dos princípios em leis, e na concretização, na formação dos juízos jurídicos concretos.» VASCONCELOS, Pedro Pais de. **A Natureza das coisas**. in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coord. Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 707-764.

³¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

titular, portanto subjetivo e, como a aptidão do meio para execução do fim, afora a vontade e a consciência do titular, portanto objetivo³¹⁶.

Para Jhering os direitos subjetivos são compreendidos como «interesses juridicamente protegidos»³¹⁷. Assim, estabelecendo delimita um requisito substancial consistente no fim prático do direito, produzindo a utilidade, as vantagens e os lucros que asseguram; e, um requisito formal consistente no fim enquanto meio de proteção do direito, ação da justiça. Quanto ao direito objetivo, Jhering constrói a noção de que o direito somente se afigura objetivo, quando o interesse for apenas indireta ou reflexamente protegido³¹⁸.

É bem verdade que o interesse individual exerce-se pelo indivíduo, e para o indivíduo. Por outro lado, para que seja considerado coletivo, não é suficiente uma soma aritmética de interesses individuais³¹⁹. Neste sentido afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, um «feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo». Na essência, o interesse permanece individual, ou melhor, não chega a caracterizar um interesse coletivo³²⁰.

Frise-se que o interesse do autor de obter a justa remuneração pela sua criação de espírito, neste sentido configura-se como um interesse individual de natureza subjetiva, juridicamente

³¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 641-693.

³¹⁷ Jhering descrevendo o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, destaca: «Há dois momentos que informam o conceito de direito: um substancial, em que reside a sua finalidade prática, isto é, o benefício, proveito, ganância, que deve ser garantida pelo direito; e um formal, que comporta simplesmente como meio com respeito àquele outro, é dizer, a proteção jurídica. O primeiro é o núcleo; o outro é a casca protetora do direito. Aquele por si só constitui, exclusivamente, um estado de uso ou desfrute (interesse fático), que a qualquer momento pode ser excluído sem mais consequências por qualquer que se encontre em situação de fazê-lo. Esta situação fática deixa de ser casual ou de estar exposta a desaparecer quando recebe o amparo da lei. Seu desfrute, ou as expectativas deste, se convertem em algo assegurado: em um direito. O conceito do direito se baseia na segurança jurídica do seu desfrute. Os direitos são interesses juridicamente protegidos.» JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento**. trad. Rafael Benaion; pref. Clóvis Beviláqua. v. III, Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 219-220.

³¹⁸ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento**. trad. Rafael Benaion; pref. Clóvis Beviláqua. v. III, Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 228. Ressalte-se, inclusive que para Jhering «À idéia do bem aliam-se as noções do valor e do interesse. A do valor contém a medida da utilidade do bem a do interesse exprime o valor na sua relação especial com o sujeito e seus fins.» Neste mesmo sentido o Pedro Pais de Vasconcelos assinala que «A noção de bem, como algo que tenha utilidade, que seja hábil, para alcançar e realizar fins de pessoas concretamente consideradas, é de importância central na dogmática do direito subjetivo.» VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 635.

³¹⁹ A definição de interesse coletivo depende da identidade entre interesses individuais, de modo que o atendimento beneficie a todos os titulares. A partir da síntese entre diversos interesses individuais, os membros do grupo passam a ser titulares de um interesse coletivo. O grupo é o instrumento para realização do interesse coletivo.

³²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

protegido. Já o interesse do autor em ver a sua obra intelectual protegida contra a utilização indevida de terceiros, representa um interesse objetivo³²¹.

Mas, também, diversos são «os preceitos do direito objetivo que limitam ou condicionam o conteúdo e o exercício de direitos subjetivos»³²². Neste sentido, a limitação prevista nas leis autorais sobre o uso privado, mesmo ausente autorização do autor para o seu uso.

Ressalte-se que para além do fim pessoal, característico do direito subjetivo, pode coexistir com a previsão de limites e ainda com a introdução duma função social ou econômica objetiva reconhecida pela ordem jurídica a outros titulares de direitos igualmente subjetivos. No primeiro caso, exemplifique-se a hipótese do estabelecimento nas legislações autorais do sistema de livre utilização por terceiros das obras protegidas pelo direito de autor, que se encontram na esfera jurídica do autor³²³. Quanto ao segundo, ou seja, sobre a introdução duma função social ou econômica imposta pela necessidade de respeito a outros titulares de direitos subjetivos, leia-se em linhas abaixo o que nesta investigação observa-se sobre o mesmo.

Note-se que a concessão do exclusivo temporário de exploração econômica, de fato representa o dever de respeito a cada uma das faculdades subjetivas garantidas ao autor. Tais faculdades representam um conjunto de poderes que são exercidos autónoma e independentemente pelo autor, interpretando-se sempre restritivamente os atos de cessão³²⁴.

Sem embargo, pretende esta investigação equacionar os interesses dos autores e dos utilizadores das obras protegidas pelo direito de autor, que aparentemente apresentam-se conflitantes³²⁵.

Para o efeito, é preciso resolver constitucionalmente a proteção que se confere a estes dois interesses. Ou seja, analisar qual o grau de proteção atribuído a cada um destes interesses, de

³²¹ Moreira Alves entende que o direito subjetivo «é um poder de vontade para a satisfação dos interesses em conformidade com a norma jurídica». ALVES, José Carlos Moreira. **Direito subjetivo, pretensão e ação**. in Revista de Processo, São Paulo, (47): 109-23, jul-set. 1987.

³²² VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 653-654.

³²³ Como é o caso do art. 75.º do Código de Direitos de Autor e Conexos de Portugal, do art. 46 da Lei de Direitos de Autor do Brasil (Lei n.º 9.610/98); do art. 31 da Lei de Direitos de Autor de Espanha, Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril; da seção 6, § 44 a 63 Lei de Direitos de Autor da Alemanha (Lei de 9.09.1965, modificada pela Lei 17.02.2008).

³²⁴ Aliás, é o que prescreve o art. 4.º da Lei de Direitos de Autor do Brasil (Lei n.º 9.610/98) que refere: «Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais».

³²⁵ Neste sentido aponte-se o entendimento da Academia das Ciências de Lisboa: «Destaque merece neste domínio a instituição das licenças obrigatórias, que fazem ceder o direito exclusivo do autor em troca de uma remuneração equitativa». ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA. **Centenário da Convenção de Berna**. Lisboa: SPA, 1987, p. 18.

modo a verificar se há sobreposição de interesses, pois se é defensável a tese de que constitucionalmente existe superioridade de um interesse em face do outro.

A Constituição da República Federativa do Brasil disciplinou os direitos de autor incluindo-os no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5.º, nos seus incisos XXVII e XXVIII³²⁶.

Destaque-se que a natureza jurídica do direito de autor, que o estabelece como um exclusivo temporário econômico do autor garantindo-lhe auferir a justa remuneração pelo exercício da sua atividade intelectual antevê a sua raiz predominantemente privada. O que resulta em afirmar que o legislador constituinte brasileiro não tomou, pelo menos direta e explicitamente, o devido cuidado de tutelar o interesse do autor harmonizando-o com o interesse do utilizador da obra intelectual³²⁷.

Carboni chega mesmo a apontar quanto a esta ausência de cuidado do legislador constituinte brasileiro que tanto a previsão da tutela aos interesses do autor, expressa na Constituição, como na Lei de Direitos de Autor brasileira, não estabeleceu a harmonização devida entre os mesmos. Inclusive apontando que no Brasil, houve um retrocesso sem precedentes, dado a própria evolução dos direitos fundamentais, vencendo assim uma concepção individualista do direito de autor³²⁸.

Em Portugal o cenário constitucional é bem diverso, posto que o regime de harmonização entre os interesses do autor e do utilizador da obra intelectual foi garantido no art. 78.º que confere a todos o «(...) direito à fruição e criação cultural (...)» incumbido ao Estado

³²⁶ Preceitua os incisos que atribuem as garantias constitucionais, in verbis: «XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar». «XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas». Anote-se que no ordenamento constitucional brasileiro com exceção do texto constitucional de 1937, todos os demais textos anteriores ao que hoje se encontra em vigor, tutelavam os direitos de autor. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³²⁷ Obviamente guardadas as suas proporções no que diz respeito à própria natureza jurídica do direito, aponte-se que contrariamente o legislador constituinte brasileiro não esqueceu a necessidade de harmonização do titular do direito de propriedade em face dos demais sujeitos de direito que devem respeitar este direito, determinando o comando constitucional de que deve a «propriedade atender à sua função social. Refira-se de passagem que em boa técnica legislativa o constituinte brasileiro, logo após garantir o direito de propriedade, no inciso XXII, do seu art. 5º, determina a necessidade de respeito aos direitos subjetivos titulados por terceiros, que almejam ver a propriedade exercer a sua função social como acima descrito, no inciso XXIII, do mesmo dispositivo constitucional.

³²⁸ Destaca ainda o autor que: «Também não há, na Constituição Federal brasileira, qualquer menção expressa à função que o direito de autor deveria desempenhar na sociedade, tal qual ocorre com os direitos de propriedade industrial, conforme visto acima.» CARBONI, Guilherme. **Os desafios do direito de autor na tecnologia digital e a busca do equilíbrio entre interesses individuais e sociais**. Revista Juris, Faculdade de Direito da FAAP, São Paulo, 2009, ano 1.

«incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio» e ainda «apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva»³²⁹.

Refira-se que o sistema constitucional, o português no caso, para Canotilho³³⁰ encontra-se aberto para uma análise moderna sobre a tutela do exclusivo autoral, já que considerado dentro de um sistema global de protecção sustentado por quatro subsistemas; o direito material do autor e os seus limites, o direito contratual do autor, o direito das entidades de gestão coletiva e os direitos conexos.

O autor ainda pondera sobre a necessidade de desmistificar o que se pretende com o enfrentamento do tema liberdade e exclusivo na Constituição. E, responde a esta questão informando que o sistema de protecção constitucional, garantiu inicialmente a previsão de várias liberdades e vários exclusivos e posteriormente a transposição dos planos de liberdades³³¹.

³²⁹ Para além do dispositivo referido, o legislador constituinte português numa cuidadosa previsão sobre a garantia do autor ao exclusivo, bem como do acesso do utilizador à obra intelectual, disciplina sempre apontando para a necessidade de harmonização entre estas duas garantias. Como se depreende da leitura dos artigos retro mencionados: «Artigo 42.º Liberdade de criação cultural 1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.» (...) «Artigo 73.º Educação, cultura e ciência 1. Todos têm direito à educação e à cultura. 2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva. 3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais. 4. A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas.» (...) «Artigo 78.º Fruição e criação cultural 1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural. 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio; b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade; c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro; e) Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.» A Constituição da República Portuguesa encontra-se disponível < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, acesso aos 10.10.2012.

³³⁰ Cf. CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 218-219.

³³¹ Sobre o primeiro momento aponta Canotilho que quando se fala em liberdade, prevê-se uma primeira que é a liberdade de criação intelectual, artística e científica (art. 42.º), informando que a segunda liberdade é aquela «inerente à propriedade intelectual (art. 62.º), acrescentando que sobre o exclusivo, na verdade, deve-se compreender a existência de vários exclusivos e não apenas de um. Mas interessante e sem retoque é a

A tutela constitucional espanhola também segue a mesma compreensão entre os interesses do autor e do utilizador da obra, pois estabelece, mesmo que timidamente não só o reconhecimento dos direitos de produção criação literária, artística, científica e técnica; como também a necessidade dos poderes públicos de promoverem a tutela do acesso à cultura, garantida a todos. Note-se que enfaticamente o legislador constituinte espanhol estabelece ser dever do Estado a promoção da ciência e da investigação científica e técnica em benefício do interesse geral de todos³³².

Já a Constituição da República Alemã deixa para as leis e regulamentos gerais, a tarefa de dirimir a compreensão dos interesses do autor e o do utilizador da obra e também a de estabelecer os limites do direito de autor³³³.

Portanto, não é tarefa fácil identificar qual é o interesse protegido pelo direito de autor; pois que, a doutrina durante muito tempo debateu-se sobre este tema.

fundamentação que o autor apresenta sobre a transposição dos planos de liberdades: «Se no começo está a liberdade de criação intelectual, artística e científica, passa-se depois para a liberdade de utilização de obras literárias, artísticas e científicas. Esta é a intriga das intrigas a de transmutar ‘restrições’ ou ‘limites’ aos direitos de autor em liberdades». CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 219.

³³² Os dispositivos do diploma constitucional espanhol, que tratam da necessária harmonização entre os interesses do autor e do utilizador da obra intelectual podem ser lidos nos artigos 20 e 44, in verbis: «Artículo 20 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.» «Artículo 44 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.» A Consituição Espanhola pode ser encontrada no sítio da internet do Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.). Disponível em <http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>, acesso aos 10.10.2012.

³³³ Cf. «Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do fim são garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição». Consituição Alemã traduzida para o português em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>, acesso aos 10.10.2012.

Claramente compreender a estrutura do direito de autor implica em verificar quais são os seus padrões de proteção em face das liberdades garantidas constitucionalmente ao criador intelectual.

Assim, obviamente é defensável a tese de que o direito de autor, na verdade representa um conjunto de direitos de naturezas diversas, mas que podem ser agrupados, dado a semelhança da tutela conferida. Estes diversos direitos são atribuídos ao autor, permitindo-se a sua separação de acordo com o seu carácter.

Destaque-se, assim, que a doutrina não diverge muito quanto à previsão de que o direito de autor incorpora faculdades de natureza patrimonial e de natureza pessoal. Esta disciplina normativa para a tutela de tais faculdades pode-se encontrar na legislação brasileira³³⁴, portuguesa³³⁵, espanhola³³⁶, francesa³³⁷, italiana³³⁸ e alemã³³⁹.

³³⁴ Vd. Lei de Direitos de Autor do Brasil (Lei n.º 9.610/98) no seu «Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

³³⁵ Vd. Código de Direito de Autor e Conexos Português no seguinte dispositivo: «Artigo 9º Do conteúdo do direito de autor. 1 – O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

³³⁶ Vd. Lei de Propriedade Intelectual de Espanha no seu dispositivo: «Artículo 2. Contenido. La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.» ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto Nº 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>. Trad. não oficial: «Artigo 2. Conteúdo. A propriedade intelectual encontra-se integrada por direitos de carácter pessoal e patrimonial, que atribuem ao autor a plena disposição de seu direito exclusivo de exploração da obra, sem mais limitações do que aquelas estabelecidas na lei.»

³³⁷ Vd. Código de Propriedade Intelectual da França no seu «Art. L. 111-1. L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.» FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n.º 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>. Trad. Não oficial: «Artigo L. 111-1 O autor de uma obra de espírito, pelo simples fato de sua criação goza por este trabalho, de um direito de propriedade imaterial exclusiva e oponível contra todos. Este direito contém atributos de ordem intelectual e moral, assim como o os atributos de ordem patrimonial, que são determinados sobre os livros n.º I e III do presente código»

³³⁸ Vd. Lei de Proteção dos Direitos de Autor e Conexos (Lei n.º 633, de 22.04.1941, modificada pelo Decreto Lei n.º 68 de 09.04.2003 nos seguintes dispositivos: «Art. 12 L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera. Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo originale, o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti. È considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione.» «Art. 20. Indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, previsti nelle disposizioni della sezione precedente, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.» Trad. não oficial:

Entretanto, refira-se que algumas correntes doutrinárias entendem que estas faculdades pessoais e patrimoniais, dizem respeito a apenas um único direito, seja ele referente a direitos pessoais, a direitos patrimoniais, ou a direito de natureza diversa.

Sem embargo, a escolha por uma dessas correntes para além de representar uma tarefa árdua, implica optar por um regime jurídico de proteção que sobreponha faculdades pessoais sobre as patrimoniais, ou ao inverso e, ainda a possibilidade de um regime jurídico diverso³⁴⁰. Note-se que essa discussão sempre tem presente que os escopos pessoais e patrimoniais do direito de autor inter-relacionam-se, o que pode determinar distintas teorias sobre a estrutura do direito de autor.

Destarte, a despeito das diversas teorias sobre a estrutura do direito de autor, apenas três delas merecem destaque nesta investigação. São elas, as teorias: monista, dualista ou pluralista.

As concepções unitárias sobre a estrutura do direito de autor compreendem o direito de autor como um direito único, já que não distinguem suficientemente os escopos pessoais e

«Art. 12 O autor tem o direito exclusivo de publicar a sua obra. Também tem o direito exclusivo de explorar economicamente a sua obra por qualquer meio e modo original ou derivado, dentro dos limites estabelecidos por esta Lei, e em particular com o exercício dos direitos de exclusividade constantes dos artigos seguintes. Considera-se como primeira publicação a primeira forma de exercício do direito de exploração.» e «Art. 20. Independentemente dos direitos exclusivos de exploração econômica da obra previstos nas disposições da seção anterior, e mesmo após a transferência de tais direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da sua obra e de opor-se a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação, e qualquer outro ato danoso relativamente à sua obra, que possa ser prejudicial à sua honra ou reputação.» ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=301483>.

³³⁹ Vd. Lei de Direitos de Autor e Conexos da Alemanha (alterada 16 de julho de 1998) em seu dispositivo: «§ 11 Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes. Trad. Official «Copyright protects the author in his intellectual and personal relationships to the work and in respect of the use of the work. It shall also serve to ensure equitable remuneration for the exploitation of the work.» Trad. não oficial: «O direito de autor protege o autor em suas relações intelectuais e pessoais para o trabalho e no que diz respeito à utilização da obra. Servirá também para garantir uma remuneração justa pela exploração da obra.» Para a versão em alemão da lei vd. <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=239044>, para a versão em inglês vd. <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html>. ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act). Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 83 of the Act of 17 December 2008 (Federal Law Gazette Part I, p. 2586)**. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html>.

³⁴⁰ Como bem refere Alexandre Dias Pereira: «Trata-se de uma questão que está longe de ser resolvida. Saber se o direito de autor é um direito de propriedade ou um direito de personalidade, ou se trata antes de um direito misto ou de uma "geminção" de dois direitos (propriedade+personalidade), depende, obviamente, do que se entende por direitos de propriedade e de personalidade. Isto para não falar dos direitos de crédito, que também parecem ser enxertados no instituto. Por isso mesmo surgem as teses que sustentam que a natureza do direito de autor é incompatível com a subsunção ao esquema tradicional dos direitos reais e dos direitos pessoais, constituindo antes um tertium genus, uma figura autónoma no quadro da dogmática jurídica, como sustenta a teoria dos direitos de monopólio ou de exclusivo, sob a denominação direitos intelectuais.» PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 116.

patrimoniais, de forma a considerá-los como direitos exercidos autônoma e independentemente. Assim, tais concepções distinguem-se em três teorias monistas para explicar a estrutura do direito de autor, são elas: monismo integral, monismo da personalidade e monismo patrimonial.

O monismo integral é defendido especialmente pela doutrina alemã de proteção dos direitos de autor. Para esta teoria os escopos pessoais e patrimoniais, configuram-se como inerentes ou incorporados a um direito unitário³⁴¹. O direito de autor seria representado, concreta e metaforicamente como uma árvore de cujo tronco desdobram-se dois ramos, um destes ramos, compreenderia os interesses pessoais do autor, e o outro ramo comportaria os interesses patrimoniais do autor³⁴². Assim é que tais interesses distintos representariam faculdades que se encontram presentes em qualquer forma de utilização da obra, inexistindo ainda qualquer distinção quanto aos prazos da tutela, bem como dos titulares de tais faculdades.

Já para o monismo da personalidade, defendido especialmente durante os séculos XVIII e XIX, destacam-se como superiores os interesses pessoais do autor, dado que os seus doutrinadores não concordavam com a adoção da teoria da propriedade literária³⁴³. Registre-se

³⁴¹ Aliás é o que defende Canotilho, apontando que adota a mesma posição de Eugen Ulmer que defende a concepção de um direito de autor *sui generis*, pois que este integra em seu núcleo tanto as faculdades de natureza pessoais como as patrimoniais. Canotilho é bastante enfático quando afirma: «Desta posição resulta já que os pontos de partida desta trabalho se afastam das teorias dualistas alicerçadas numa compreensão do direito de bens imateriais desdobrado: (1) num direito de exclusivo à obra concebido como bem imaterial economicamente valorável; (2) num direito individual ou direito da personalidade que representa a relação pessoal do autor com a sua obra e que é um direito autónomo ao lado do direito de propriedade.» CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 221.

³⁴² De mais a mais reitera-se a posição de Canotilho para quem tanto a Constituição portuguesa como o Código de Direitos de Autor e Conexos ao utilizarem-se da expressão 'direitos de autor' permite compreender o direito de autor como um «direito unitário e mais do que isso, como um direito da tronalidade subjetivamente radicado na pessoa do autor e não apenas na obra do autor». CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 222.

³⁴³ Stolfi explica que o monismo da personalidade surge da grande discussão em torno da teoria da propriedade intelectual, informando ainda que a razão de tamanha discussão deve-se ao fato de que o direito de exploração econômica da obra intelectual, não levava em consideração a relação entre a obra e o autor que a criava, nem tão pouco as graves dificuldades sistêmicas, que se opunham à extensão do conceito romano de propriedade, sobre as coisas corpóreas e incorpóreas. STOLFI, Nicola. **La proprietà intellettuale**. 2ª ed., Torino: Unione Tipografico, 1915, p. 233.

que esta teoria, na verdade é fruto das discussões entre Kant e Gierke³⁴⁴, opondo-se ambos à tese da propriedade literária³⁴⁵.

Assim é que teoria do monismo da personalidade fora construída levando-se em consideração a obra intelectual como integrante da própria esfera da personalidade do seu criador; ou seja, constitui-se a obra um prolongamento da personalidade do autor³⁴⁶. Destarte, esta compreensão, não importa em negar o escopo patrimonial do direito de autor, todavia as faculdades que derivam deste escopo patrimonial são apenas consideradas como acessórias à proteção da personalidade pelo direito de autor³⁴⁷.

Quanto ao monismo patrimonial refira-se que o mesmo fora inaugurado por Kohler, que identificava o bem imaterial como objeto do direito de autor, mas cuja tutela constituía-se como próxima à da propriedade; posto que não se incorporava como uma criação de espírito do autor, mas sim como um elemento apartado e passível de apropriação. De sorte que nesta senda fácil é distinguir as faculdades pessoais do direito sobre bens imateriais, cuidando deste direito estaria o direito de autor³⁴⁸.

³⁴⁴ Lembrando destes debates Stolfi afirma: «Ed anche qui spetta ad un filosofo, Emanuele Kant, il merito di avere portato un poderoso contributo alla nuova teorica, che vede nei diritti di autore un diritto personale. (...) Ma, come vedremo, si deve al Gierke la formulazione più completa della teorica della personalità.» Trad. livre: «É da responsabilidade de um filósofo, Emanuele Kant, o mérito de ter trazido um poderoso contributo para a nova teoria, que vê no direito de autor um direito pessoal (...) Mas, como veremos, deve-se a Gierke a formulação mais completa da teoria da personalidade.» STOLFI, Nicola. **La proprietà intellettuale**. 2ª ed., Torino: Unione Tipografica, 1915, p. 233.

³⁴⁵ Como refere Stolfi, a prerrogativa atribuída ao autor constitui-se em duas categorias, a pessoal e a patrimonial. Todavia, aponta o autor que as leis de direito de autor passaram apenas a tutelar os direitos de exploração econômica, abandonando a lei comum e a jurisprudência da proteção das prerrogativas pessoais. STOLFI, Nicola. **Il diritto di autore**. 3ª ed. rev., 1 vol: XXX, Milão: Società Editrice Libreria, 1932, p. 394.

³⁴⁶ Neste mesmo sentido aponta Dênis Barbosa, ao afirmar que «é apenas uma propensão, uma probabilidade de que o originador desse livro continuará a ligar sua personalidade a ele, a aceitar ou repudiar o que disse antes, a ligar obra a obra pelo fio de sua personalidade (...)» E, ainda observa completando o seu entendimento: «Ao abrigo retórico da irradiação da personalidade, inúmeras disfunções da economia e do direito fundamental de acesso à produção intelectual da humanidade são cometidas.» BARBOSA, Dênis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 149.

³⁴⁷ Cumpre, assinalar que esta tese identificava que a natureza jurídica do direito intelectual compreendia-os como direitos reais. Aussy afirma que o direito de autor, compreende-se por dois elementos, um patrimonial outro pessoal. O elemento patrimonial para o autor, apresenta como objetivo fornecer ao autor o exclusivo de reprodução da sua obra. Já o segundo elemento, o pessoal, extrai-se da personalidade humana, que é anterior à lei, pois fulcrada na lei natural. AUSSY, Charles. **Du droit moral de l'auteur sur les oeuvres de littérature et d'art**. Auxerre: J. Pigelet, 1911, VII, 164 p. 15 - Thèse pour le doctorat, l'acte public sur les matières ci-après.

³⁴⁸ Stolfi aponta que esta teoria compreende a tutela do bem imaterial e fora elaborada por Kohler que compreende o direito de autor como um direito absoluto sobre um bem imaterial, sendo, portanto *sui generis*, configurando-se como um direito de propriedade, em virtude da relação imediata e direta que se estabelece entre o autor e a sua obra. Aponta ainda o autor que o fundamento da tutela jurídica é a atividade intelectual; mas o objeto do direito é a obra de engenho, e entre este bem imaterial e a autoria da atividade intelectual instaura-se uma relação jurídica, que compreende um escopo de ordem ideal, tendo como fundamento a personalidade do autor, e outro de ordem econômica. Destaque-se que para esta teoria a tutela jurídica da personalidade não se

Partindo agora para o estudo da concepção dualista, cumpre destacar que esta entende o direito de autor composto por dois direitos subjetivos de ordem diversa; ou seja, um com escopo pessoal e outro com escopo patrimonial³⁴⁹. Aponte-se, entretanto, que ambos os escopos estão incorporados na obra, por forma a garantir plena comunicação entre os mesmos; lembrando, que tais direitos subjetivos encontram-se disciplinados de forma diversa, trabalhando com uma dinâmica também distinta³⁵⁰.

Por fim, compreendendo a concepção pluralista, afirme-se que esta parte para a defesa de que para além dos direitos subjetivos de escopo pessoal e patrimonial, ao autor são reconhecidos outros direitos de natureza distinta. São os denominados direitos remuneratórios, que compreendem o direito de sequência e o de compensação suplementar³⁵¹.

Assim é forçoso, concluir nesta seção da presente investigação que o interesse protegido pelo direito de autor assume uma natureza múltipla, na medida em que tem como fito tutelar diversos direitos subjetivos de raízes distintas, são elas pessoais, patrimoniais e remuneratórias³⁵². O que implica em dizer que o interesse protegido pelo direito de autor, na

compreende na proteção conferida pelo direito de autor. STOLFI, Nicola. **Il diritto di autore**. 3ª ed. rev., 1 vol: XXX, Milão: Società Editrice Libreria, 1932, p. 176.

³⁴⁹ Henri Desbois aponta que a proteção dos interesses intelectuais corresponde à satisfação dos interesses de ordem patrimonial que apresentam dois objetivos que a razão e a observação dos fatos permitem dissociá-los. DESBOIS, Henri. **Le droit d'auteur en France**. 3 ed. França: Dalloz, 1978, p. 560 ss.

³⁵⁰ É assim, neste sentido aliás que prescreve a Convenção de Berna em seu art. 6.º, bis, 1, em seu texto original, in verbis: «Article 6bis (1) Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.» BERNE CONVENTION. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>. Ou seja, «Artigo 6 bis 1) Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação.». BRASIL. **Decreto n.º 75.699, de 6 de Maio de 1975**. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>.

³⁵¹ Para Alexandre Dias Pereira, tais faculdades remuneratórias, não são compreendidas como aspectos externos da personalidade do autor, mas sim visam a proteção das faculdades patrimoniais deste. E conclui: «Pelo que, salvo o devido respeito, não parece que devam ser consideradas como parte integrante do direito pessoal. Tratar-se-á, antes, de pretensões remuneratórias que salvaguardam a possibilidade de participação do autor na exploração económica da obra ou nas transacções sucessivas dos direitos. Pelo que, e não obstante as diferenças específicas de regime, inclinamo-nos para os integrar na categoria das pretensões remuneratórias ou "direito de remuneração». PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 305.

³⁵² É assim que Diderot exterioriza o seu gênio ao compreender que o direito de autor não se restringe à meras faculdades patrimoniais, que no passado, não muito distante, eram exercidas com exclusividade pelo editor: «Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria

verdade não se reconduz à tutela dum único direito, mas sim a diversos, dado que o conteúdo da proteção conferida ao bem intelectual, pelo direito de autor, é complexo comportando realidades distintas, a pessoal, a patrimonial e a remuneratória; compondo-se, cada uma delas, de faculdades individualizadas³⁵³.

substância do homem, sua alma, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor?» DIDEROT, Denis. **Carta sobre o comércio do livro**. Trad. Bruno Feitler. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002, p.67-68.

³⁵³ José Alberto Vieira, referindo-se às realidades pessoais e patrimoniais que comportam o direito de autor, pondera que «ambos os poderes interpenetram-se profundamente, numa constante interação.» VIEIRA, José Alberto. **A estrutura do Direito de Autor no ordenamento jurídico português**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, 1990, p. 12.

2.2 A colisão de interesses na proteção conferida pelo direito de autor

Em boa verdade, enfrentar o tema sobre a colisão de interesses na proteção conferida pelo direito de autor ao bem intelectual, é compreender que o interesse do autor - como já identificado, que comporta uma realidade complexa, uma vez que integra o seu núcleo faculdades pessoais, patrimoniais e remuneratórias – não pode coexistir sozinho mesmo que num único espaço.

De sorte que, pretende esta investigação harmonizar o interesse do autor e o interesse do utilizador da obra protegida, através, não somente, da previsão de limites na lei, mas também da obrigatoriedade de perseguição da função social. Ou seja, o regime legal, para além de estabelecer limites ao exercício do direito de autor, deve concomitantemente equacionar o exercício deste direito segundo as razões e os limites da sua função social.

Esta observação apresenta-se importante, posto que não se pode mais compreender a previsão de direitos individuais na lei, tutelando o interesse do autor, sem a correspondente análise dos interesses de outros sujeitos. Reside esta ponderação no reconhecimento de que aos utilizadores dos bens intelectuais deve ser protegida a garantia do «pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional», fomentando assim a «democratização do acesso aos bens de cultura»³⁵⁴.

Assim, neste sentido objetiva esta seção apenas estudar o enfrentamento destas faculdades subjetivas reconhecidas a sujeitos de direito, mas que comportam realidades distintas, que *prima facie* apresentam-se antagônicas. O que importa em afirmar que o estudo dos limites do direito de autor, porque se encontram tipicamente previstos na lei, serão mais à frente analisados nesta investigação.

³⁵⁴ É assim que dispõe a Carta Magna brasileira, respectivamente no *caput* do art. 215 e, no inciso IV, do seu § 3.º. De modo semelhante, a Constituição da República Portuguesa, estampa o princípio da liberdade de circulação de obras e de bens culturais de qualidade (art. 78.º, n.º 2, b), e, ainda o princípio da democratização da cultura (art. 73.º, n.º 3). Por isso entende Canotilho que a utilização livre compreende «uma restrição aos direitos de autor e como tal deverá ser tratada.» De sorte que para o autor enfrentar o problema dos limites, implica em reconhecer que esta utilização livre corresponde a «um direito, liberdade e garantia»; informando, por esta razão, que as restrições ao direito subjetivo do autor «devem obedecer aos requisitos constitucionais das leis restritivas de direitos, liberdade e garantias.» E, mais defende o constitucionalista que o fundamento das exceções ao direito de exclusivo; ou seja, que os pressupostos da utilização livre, correspondem a interesses da comunidade, que são identificados sistematizados em vários grupos. Destes grupos, aquele que revela interesse para esta pesquisa, é o dos direitos de fruição comunitária das obras artísticas. CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 226.

Portanto, a presente seção preocupar-se-á com a funcionalização do direito de autor, por forma a apresentar uma solução harmônica, que equilibre os interesses do autor e do utilizador da obra, que aparentemente são conflitantes.

O conceito principiológico de função social surgiu da necessidade histórica das sociedades em se coibir o abuso do direito, em detrimento do interesse público³⁵⁵. A função social implementa o pensamento kantiano de que o direito de um acaba, quando começa o do outro³⁵⁶.

A Carta Magna brasileira estabelece como fundamental o princípio da função social que se encontra vinculado axiologicamente ao conceito de justiça, uma vez que como dispõe o inciso III, do seu art. 3.º, não pode o ser humano no seu cotidiano, escapar do contexto social em que se encontra.

Nesta linha de raciocínio é prudente referir que o princípio fundamental da justiça social, que apresenta o *modus operandi* quer interno ou externo da sociedade, sobrepõe-se aos outros princípios constitucionais; incluindo-se neste rol os direitos de autor. Por isso, é lógico afirmar que no Brasil impera a defesa da sociedade dado a previsão constitucional da justiça social. Ausente esta previsão, fadar-se-ia o Estado, à figura de mero observador de inúmeras desigualdades sociais, abstendo-se de agir concreta e positivamente com o fito de harmonizar os conflitos que surgem entre os seus cidadãos, sujeitos de direitos subjetivos com capacidade de os reivindicar³⁵⁷.

³⁵⁵ Horkheimer informa que a ausência de continuidade no esforço teórico, retira o fundamento que justifica a vontade do homem progredir e desenvolver-se na sua existência humana. O autor pontua ainda que deste modo refere-se «(...) ao esforço que investiga criticamente a sociedade atual com vista a sua sociedade futura organizada racionalmente, e que é construída com base na teoria tradicional, formada pelas ciências especializadas.» Para Horkheimer a assunção de responsabilidades por uns sujeitos de direitos e a submissão por outros sujeitos de direitos contribuem para que os grupos de sujeitos mais dotados na sociedade tornem-se insensíveis à teoria, afetando também a práxis libertadora. HORKHEIMER, Max. **Teoria tradicional e teoria crítica**. In: BENJAMIM, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W; HABERMAS, Jürgen. Textos escolhidos. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 148.

³⁵⁶ KANT, Immanuel. **Da crítica da razão pura**. 5. ed., trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

³⁵⁷ Partindo de uma construção teórica contratual e relacional Ronaldo Macedo Jr., enquadra de forma clara a noção de justiça social no mundo contemporâneo; já que defende a ideia duma visão sociológica da comunidade, bem como da personalidade dos indivíduos, uma vez que estes moldam a sua identidade no meio social em que vivem. Mais ainda acentua o autor que: «(...) Em poucas palavras, a vida social não é formada pela ficção do Homo economicus neoclássico. Assim, cada *modus vivendi* (ou forma de vida) e forma de troca somente podem ser compreendidas à luz da cultura comum subjacente ao tipo de troca. Esta própria cultura comum é um dos elementos negados pela caracterização liberal do mundo quando esta hipostasia a forma de sociabilidade baseada no mercado enquanto um ambiente de competição entre indivíduos racionalmente voltados à maximização de seus interesses individuais». JÚNIOR, Ronaldo Macedo. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 147.

Acentue-se, neste diapasão as relações de partilhas entre os titulares de direitos de natureza diversas, na era informacional; configurando aquelas o interesse urgente da sociedade pelo acesso a bens intelectuais, tutelados pelo direito de autor³⁵⁸.

Destaque-se ainda, que tais relações estabelecidas, não deixa escapar à análise do produtor de conhecimento que apresenta relevante interesse na divulgação da sua criação intelectual, bem como da sociedade, cujo interesse é obter acesso aos bens intelectuais. Óbvio que o acesso da sociedade à esta categoria de bens intelectuais, será em muito conduzido pela remuneração do trabalho autoral e ainda a disponibilização do mesmo em sociedade, de forma mais alargada.

Sem embargo, nestes termos, separam-se claramente o direito individual do autor ao exclusivo patrimonial, com o direito do utilizador ao exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

Importa, também destacar que a formação do princípio da função social direciona-se para a abrangência do conceito de justiça social aplicado no caso concreto. Assim, por estar a função social, formal e materialmente, prevista no texto constitucional brasileiro, relativamente à democratização do acesso aos bens de cultura, qualificados como bens intelectuais, tutelados pelo direito de autor e ainda no que se refere ao direito de propriedade, é plenamente razoável defender a sua aplicação para os direitos intelectuais³⁵⁹.

Portanto, cumpre ao operador do direito a tarefa de desmistificar as normas constitucionais, por forma a que estas também alcancem de forma plena a tutela dos bens intelectuais; uma vez que o regime jurídico de proteção conferido a estes bens é atribuído desde que atenda a sua função social de conferir acesso à informação para os utilizadores destes mesmos bens.

³⁵⁸ Manoel J. Pereira dos Santos, identificando o problema, destaca que: «Assim sendo, a Propriedade Intelectual tem experimentado ao longo das últimas décadas o constante desafio dos conflitos de interesses.» SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Texto Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual - O Regime Constitucional do Direito Autoral**. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Ed. Juruá, 2007, p. 11-32.

³⁵⁹ É o que também defende Oliveira Ascensão ao ponderar que o texto constitucional ao atribuir a tutela ao direito de autor, não impossibilita a subordinação deste aos princípios constitucionais gerais, como é o caso do princípio da função social. Sustenta ainda o autor que o texto constitucional brasileiro é aquele que melhor e mais enfaticamente atribui eficácia ao exercício dos direitos de acordo com a sua função social, estabelecendo uma verdadeira teoria sobre a funcionalização dos direitos. Aliás, esta compreensão é garantia de respeito à constituição por todo e qualquer ramo do direito, não escapando assim o direito de autor desta necessária harmonização. Mais ainda, informa Oliveira Ascensão o direito de autor encontra-se em posição inferior às demais categorias de direitos fundamentais básicos e das grandes liberdades constitucionais. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais**. in *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, p. 85 a 111. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

Esta compreensão alargada demonstra a necessidade duma transformação profunda, destinada a ser aplicada não somente no fundamento da concessão do exclusivo temporário de exploração econômica do autor, como também, no modo, como este direito encontra-se disciplinada na lei.

Consequentemente, a função social, nesta senda, subordina o direito de autor à sua perseguição; determinando, portanto, que o respeito aos direitos fundamentais básicos, como em concreto, o do utilizador de acesso aos bens intelectuais, pressupõe a garantia desta liberdade constitucional, mediante a construção da condição de obediência à função social, para o exercício das faculdades atribuídas ao autor. Impondo-se, assim, a perseguição desta função social, como modo de interpretação dos limites fixados exercício do direito de autor.

Por conseguinte, o princípio da função social disciplinado no texto constitucional brasileiro exclusivamente para o direito de propriedade, é facilmente alargado para a compreensão dos direitos de exclusivo³⁶⁰; modificando, portanto, a sua estrutura, de modo a alcançar a justiça social pela perseguição do interesse social, que deve ser compreendido na extensão do conteúdo do interesse individual.

Ademais, lembre-se que a introdução da função social que modifica o exercício dos interesses individuais do autor, por forma a alcançar o interesse público, dos terceiros utilizadores das obras intelectuais, não se compreende como uma exceção que escapa a tutela autoral³⁶¹.

³⁶⁰ Neste sentido pondera Alan Rocha que a eficácia da função social tem como objetivo primeiro o estabelecimento de limitação da utilização dos bens pelo titular, em face dos interesses sociais da coletividade. Acrescenta o autor que a funcionalização do direito é consequência direta da evolução do direito civil, que não se concebe mais como eminentemente patrimonial e individual, própria das teorias liberais do início do século passado. Pois já na metade do século XX, o direito civil alarga a sua compreensão para a tutela do ser humano, compreendendo os seus direitos de personalidade, dado a nova realidade social e cultural do espaço comunitário. Cf. SOUZA, Allan Rocha. **A função social dos direitos autorais**. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

³⁶¹ Pondere-se que não basta o vazio jurídico, dado que este pode ser quebrado pela atuação do legislador a qualquer tempo, especialmente quando pretende garantir espaços de liberdade e pluralismo. Cumpre ressaltar, assim, que a admissão da existência de espaço de não-ingerência do direito dependerá em grande parte das escolhas políticas e sociais que justifiquem a existência de espaços de autonomia. Ponto de partida lógico para este raciocínio lastreia-se nos direitos fundamentais e no direito à livre construção da personalidade que fundamente juridicamente os espaços de autonomia, quer individual, quer cultural. É assim que Rodotà entende ao ponderar que nos princípios e direitos fundamentais a garantia de decisão pela omissão legislativa, importa em alguns casos em não limitação da autonomia dos sujeitos, mas sim em efetivação desta mesma autonomia. De sorte que a esfera pública, passa ao centro, figurando-se como espaço livre de manifestação, deliberação, decisão; enfim um espaço democrático e plural. RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2006; p. 21-23. Destarte o importante para o efeito é que o afastamento do direito de exclusivo tem justificações subjacentes, as quais podem resumir-se genericamente no interesse público relativamente ao acesso às obras.

Frise-se que não há muita eloquência no discurso sobre a função social do direito de autor, em especial no espaço europeu, por conta da tradição francesa³⁶² deste direito e mais ainda em virtude da sua própria natureza, que se caracteriza complexo, comportando diversas realidades, patrimoniais, remuneratórias e em especial pessoais. Esta reticência no discurso sobre a função social do direito de autor, também vale para o espaço brasileiro, mas em boa medida de menor eco, já que as vozes contrárias à aplicação deste princípio geral, tem como fundamento a omissão no texto constitucional, encontrada no inciso XXVII, do art. 5.º.

Portanto, note-se que o texto constitucional brasileiro silenciou-se sobre esta limitação inata do direito de autor de atender ao interesse social. Observe-se, assim, que esta ausência de previsão no texto constitucional brasileiro, equivocadamente franqueou de certo modo o entendimento de que o exclusivo do autor fosse interpretado como absoluto, apenas limitado pela restrita previsão da lei, como é o caso daquelas encontradas nos arts. 7º e 8º da Lei de Direitos de Autor brasileira e ainda pelas hipóteses taxativas dos arts. 46, 47 e 48 do referido diploma legal, cujo comando da lei é a sua interpretação restrita, não se admitindo novas exceções ou extensão dos limites³⁶³.

Cumprir destacar que entendimentos como estes, que serão melhor enfrentados em seção própria nesta investigação entende que os limites previstos na lei não oportunizam de certo modo a validade dos argumentos trazidos pelo princípio geral da função social do direito³⁶⁴.

³⁶² Na obra os Fragmentos sobre a liberdade da imprensa (Fragments sur la liberté de la presse), publicada em 1776, Condorcet, percebe que o interesse público, assente no ideal iluminista, era a resposta adequada para o problema do abuso de direito perpetrado pela lei, que garantia censura prévia ao bem intelectual e ainda instituiu o monopólio real, corrente naquela época. Advirta-se que no século XVIII, o ideário individualista do iluminismo atribuía ao autor o cariz de legítimo proprietário de suas obras, estabelecendo com a sua criação uma relação consubstanciada no direito natural. Insurgindo-se, à esta concepção inata do direito de autor, Condorcet ponderada: «Que demande l'utilité publique? Que les hommes acquièrent des lumières. Or, qu'y a-t-il de plus contraire aux lumières que la censure des livres? L'esprit perd sa force en perdant de sa liberté». Ou seja, na tradução para o português: «O que exige a utilidade pública? Que os homens se iluminem. Ora, o que há de mais contrário às Luzes que a censura dos livros? O espírito perde sua força ao perder sua liberdade». CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. **Fragments sur la liberté de la presse**. In: Oeuvres de Condorcet. Tome 11, p. 253-314. Paris: Firmin Didot Frères, 1847, p.304-305.

³⁶³ Oliveira Ascensão de modo contrário defende que «a LDA não estabelece (...) que o direito autoral só tem as exceções expressas na lei; nem qualifica genericamente os limites como exceções» ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais**. in Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes, p. 85 a 111. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 90.

³⁶⁴ Não cabe agora nesta seção da investigação resolver o problema de determinar se o espaço livre para utilização da obra protegida pelo direito de autor, corresponde à um limite ou à uma exceção; dado que será apreciado este potencial conflito terminológico em lugar próprio, mais à frente nesta investigação. De qualquer sorte pondere-se desde já que este problema representa uma questão prévia para definir o âmbito do espaço livre. Observando a legislação tanto no espaço internacional, europeu como no espaço brasileiro é fácil identificar alguma confusão terminológica sobre a utilização das expressões limites ao direito de autor, exceções ao exclusivo ou exceções e limites. Muito frequentemente o legislador de uma maneira geral não faz distinção entre os termos, utilizando-os indiscriminadamente para referir o mesmo conceito. Como se pode verificar das disposições internacionais apresentadas a seguir: art. 10.º do Tratado OMPI de Direito de Autor; art. do 16.º

Lembre-se ainda que a função social aplicável ao exclusivo temporário de exploração econômica do autor, não se encontra tipificada expressamente na lei brasileira de direito de autor como um limite ao exercício deste direito; mas sim genericamente prevista no texto constitucional³⁶⁵.

Acresça-se, a importância da análise da perseguição da função social pelo exclusivo autoral, uma vez que os limites impostos ao direito de autor, como se encontram fixados expressamente pela lei, tendem a não acompanhar as transformações da sociedade; não reconhecendo, portanto, as relações futuras ao momento temporal de previsão da lei.

Pondere-se, neste sentido que a obrigatoriedade de perseguição da função social para o exercício do exclusivo autoral, conforme intrinsecamente, prevista no texto constitucional brasileiro, apresenta-se como um modo de interpretação. Desta sorte, possível é a imposição de restrições sobre a extensão da tutela do direito de autor e, ainda, de restrições concernentes ao exercício desta mesma tutela³⁶⁶.

Na verdade, a previsão no regime jurídico brasileiro da aplicação da função social do direito de autor, encerra uma verdadeira teoria sobre a funcionalização dos direitos, com vistas à correção de distorções e exorbitância manifesta nos limites do exercício do direito. Ou seja, pretende-se equilibrar o sistema de proteção do exclusivo econômico autoral, com o pleno exercício dos direitos culturais e de acesso aos bens de cultura.

Tratado OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas; art. 13.º do Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC/TRIPS) e art. 5.º da Diretriz Comunitária n.º 2001/29/CE, de 22 de Maio. No espaço europeu identifique-se a utilização da expressão limites nos seguintes dispositivos: título do capítulo V da lei alemã de direitos de autor, título do capítulo II da legislação espanhola. Utilizando a expressão limitações, encontram-se os seguintes dispositivos: o título do capítulo 4 da lei grega de direitos de autor; no § 108 da lei norteamericana de direitos de autor; título do capítulo 2 da lei sueca de direitos de autor e o título do capítulo IV – arts. 46 a 48 da lei brasileira de direitos de autor. Já o termo exceções fora utilizado na seção V do capítulo I da lei belga de direitos de autor. A lei francesa de direitos de autor sem fazer distinção ao longo do seu texto utiliza as expressões limites e exceções. O Código de Direitos de Autor e Conexos português no título do capítulo II - arts. 75 a 82, faz uso da expressão utilizações livres.

³⁶⁵ Denote-se que José de Oliveira Ascensão, estudou a função social dos direitos de autor com esteio nos limites legais, apontando a forma disciplinada pela lei para os limites legais do direito de autor. Assim, o autor não observa a função social como uma qualificadora da extensão e do alcance de atuação do direito de autor no meio social. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais**. in Direito da Propriedade Intelectual, Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 85 a 111.

³⁶⁶ Carboni chega mesmo a destacar que as restrições sobre a extensão da tutela do direito de autor, assumem a natureza de restrições extrínsecas, apresentando-se como aquelas concernentes ao objeto da tutela autoral, à duração desta tutela e, às limitações estabelecidas em lei. Já as restrições quanto ao exercício do exclusivo autoral, caracterizam-se como restrições extrínsecas, identificando-se estas, pela função social da propriedade e dos contratos, teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas. CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

Assim, é que, sem dúvida, a discussão sobre a adoção pela lei de exceções e limites ao direito de autor, em muito irá contribuir para a identificação de equívocos. Por isso, mister, faz-se, compreender a diversidade da natureza dos interesses reflexos pelo exercício do exclusivo autoral, bem como pelo exercício dos direitos culturais e de acesso aos bens de cultura.

Registre-se, que possível é estruturar uma teoria sobre os interesses públicos subjacentes ao direito de autor, assente nas diversas funções sobre as quais este direito sustenta a sua existência. De sorte que se pode extrair diversas funções³⁶⁷ do direito de autor, em face do interesse público; destacando-se especialmente aquela que diz respeito ao princípio do acesso à cultura³⁶⁸.

Seguindo esta ordem de ideias pode-se claramente vislumbrar que o direito de autor apresenta a sua função social, quando busca promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico. Mas que, curiosamente, somente será alcançado pela atribuição do exclusivo econômico autoral, para a exploração do bem intelectual por prazo determinado³⁶⁹.

Por conseguinte, compreende-se que a regulamentação da função social do direito de autor não se pode encerrar, tão-somente com a mera imposição de limitações legais ao exercício deste direito. Faz-se, portanto, necessária a previsão de uma disciplina mais alargada de regime jurídico que garanta à sociedade o pleno exercício do direito de acesso à cultura; que, por certo, apenas se consolidará, com a obrigatoriedade de perseguição da função social do direito de autor.

Forçoso, é, neste sentido, afirmar que se impoem aos ordenamentos jurídicos o princípio da função social do direito de autor, estarão definidas, para além das limitações previstas em lei,

³⁶⁷ Carboni destaca, tais funções, imanentes ao interesse público subjacente ao direito de autor como aqueles que garantem, a identificação do autor, entendida como o interesse da sociedade em saber o verdadeiro autor de uma obra intelectual, com fundamento no princípio da transparência e da veracidade das informações como norteadores de um espaço público democrático; o estímulo à criação intelectual, através da concessão de um direito exclusivo ao autor; a apropriação da informação e da obra intelectual enquanto mercadoria; e a que diz respeito ao direito de autor enquanto instrumento de política cultural, já que visa promover a produção, a distribuição e o uso da cultura. CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

³⁶⁸ Para Luiz Gonzaga Adolfo, o direito de acesso à cultura representa, em certa medida, um direito que se encontra vinculado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana; garantindo-se, assim, que na formação completa deste direito, será franqueado, à sociedade, o «acesso aos bens culturais que formam e transformam». ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 346.

³⁶⁹ De nota, é o entendimento de Carlos Bittar ao propor um conceito para o direito patrimonial do autor. Enfatiza o doutrinador que os direitos patrimoniais do autor, representam um «conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário», atribuídas com a criação da obra, e que apenas se manifestam, «em concreto, com a sua comunicação com o público». BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4.^a ed., São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 49.

limitações outras, que poderão refletir-se, tanto na própria estrutura do direito de autor, como no respeito ao exercício do exclusivo patrimonial pelo autor³⁷⁰.

Registre-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem tutela na mesma categoria de direitos do homem, não somente o direito à cultura, como também o direito de autor. De sorte que cabe aos sistemas jurídicos nacionais equilibrá-los, por forma a evitar-se o benefício do interesse particular dum titular de direitos em detrimento de prejuízo do interesse que a despeito da sua individuação, compreende uma natureza essencialmente pública.

Seguindo este mesmo sentido de busca por equilíbrio, a Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, ao mesmo tempo que destaca a importância da tutela do direito de autor, afirma a garantia de acesso ao conteúdo³⁷¹.

Diferentemente a Convenção da União de Berna, a despeito de não regular sobre o direito de acesso à cultura, estabelece um regime de limitações, denominado «regra de três passos», com o fim de limitar o exclusivo do autor nos ordenamentos jurídicos dos países signatários deste instrumento internacional³⁷².

³⁷⁰ Assim, para atingir este nível de compreensão tendente à harmonização dos interesses públicos subjacentes ao direito de autor, prudente é que se estabeleça um regime jurídico de respeito à dignidade humana e ao direito de acesso às criações culturais. Perlingieri, afirma que para o sucesso desta compreensão que harmoniza tais ramos é imprescindível ancorá-los no regime de proteção constitucional. Aliás é cada vez mais crescente o imperativo de tutelar os interesses privados, levando em consideração a manifestação social. PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renvoar, 1999, p. 55.

³⁷¹ Esta declaração tem como um dos seus princípios basilares o «Rumo a uma Sociedade da Informação para todos baseada no Conhecimento Compartilhado». Vd. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Declaration of Principles. Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium**. in Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, 10-12 de Dezembro 2003, Genebra, Agência Especial das Nações Unidas em Tecnologias de Informação e Comunicação. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, disponível em <<http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html>>.

³⁷² É possível encontrar a regra dos três passos não somente neste instrumento internacional, que representou um marco na proteção internacional dos direitos de autor, já que tratou de regular preceitos mínimos e assim harmonizar a sistema jurídica interna de cada um dos países signatários da mesma. Assim, refira-se o art. 13.º do Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC/TRIPS); o art. 10.º do Tratado OMPI de Direito de Autor; o art. 16.º do Tratado OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas e o artigo 5.º, n.º 5 da Diretriz Comunitária 2001/29/CE, expressamente disciplinam nos mesmos moldes da Convenção da União de Berna esta regra. Frise-se que a regra de três passos apresenta como princípio a restrição do âmbito de incidência do exclusivo do autor: em certos casos especiais (1º), que não atinjam a exploração normal das obras; (2º), nem causem um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor; (3º). Aponte-se, na verdade, que este triplo teste será o fundamento para que os ordenamentos jurídicos nacionais, signatários destes instrumentos internacionais acima referidos, determinem de que modo irão regular o regime próprio de limitações ou exceções a serem analisadas. Note-se que a utilização da regra de três passos independe da técnica legislativa adotada internamente por cada país signatário; isto é, se utiliza como esteio cláusulas gerais, ou ao contrário se o faz mediante um rol taxativo de casos nos quais o exclusivo do autor deve ceder espaço a favor de determinado uso, mesmo não autorizado. Para uma melhor compreensão da regra dos três passos, leia-se: STERLING, John Adrian Lawrence. **World copyright law: protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts, and published editions in national, international, and regional law**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 439-444.

No entanto, esta seção não se propõe a apresentar uma solução para o conflito de interesses, que em última *ratio* muito provavelmente autorizará a harmonização dos padrões de proteção conferidos à ambos os interesses, quer do autor, quer do utilizador da obra intelectual. Assim, esta seção deve primeiro apontar quais são as causas da colisão presentes em virtude da proteção tanto a nível internacional, como nacional, especialmente no texto constitucional de diversos Estados, como já apontado anteriormente.

Por oportuno, frise-se que no Brasil, o texto constitucional, construiu um novo modelo para o exercício de direitos, em especial aqueles concernentes ao direito de propriedade. Modelo, este, ressalte-se, que institui a dignidade da pessoa humana, como um princípio vetor, responsável por acomodar um manto protetor sobre todo o ordenamento jurídico, impondo à lei infranconstitucional, a obrigatoriedade de respeito aos princípios constitucionais³⁷³.

Todo o ordenamento jurídico posto deve portanto curvar-se³⁷⁴ por forma a permitir que o manto constitucional, que reconhece valores de dignidade ao indivíduo, conforme-se com os valores estabelecidos socialmente³⁷⁵. Deste modo, hoje estuda-se a constitucionalização do direito privado³⁷⁶.

Esta postura metodológica nova do ordenamento jurídico que se deixa cobrir sob o manto constitucional, revela a necessária compreensão sobre o papel que os princípios constitucionais devem desempenhar de forma difusa para resolver eventuais conflitos nas relações jurídicas de natureza privada³⁷⁷. Para além deste papel conformador, destaque-se o

³⁷³ O mesmo que determinar, necessariamente, a obrigação de vinculação hierárquica da lei infranconstitucional ao texto constitucional; que agora, materializa-se no respeito à dignidade da pessoa humana. Desta forma, o autor para o exercício do seu exclusivo patrimonial, deve obediência à perseguição da função social do direito de autor. Institui-se, portanto, esta função social como um elemento integrativo do conteúdo do direito de autor, a função social, sem a qual o direito de autor merecerá tutela jurídica.

³⁷⁴ Neste sentido refere Streck que defende «(...) ser claro que não há texto infraconstitucional imune à filtragem constitucional, não são textos blindados». STRECK, Lenio Luiz. **Quinze Anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais**. In SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 170.

³⁷⁵ Cf. ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: Reexame sistemático das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 211.

³⁷⁶ Na Europa esta tendência já vem ganhando força entre a doutrina que ao se referir à obediência das normas ordinárias à constituição, denomina este fenômeno de «constitucionalization of private law», no ordenamento jurídico britânico. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 20.

³⁷⁷ Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 717.

caráter normativo dos princípios constitucionais, assegurando-se para os mesmos eficácia imediata nas relações de direito civil³⁷⁸.

Assim, para esta investigação, toca em particular, a observação do conflito entre o acesso da sociedade aos bens culturais e o exclusivo patrimonial garantida ao autor sobre estes mesmos bens³⁷⁹. Claro está que o conflito de interesses, neste caso, mostra-se evidente; pois de um lado tutela-se o interesse individual do autor sobre a exploração econômica da sua criação intelectual, por outro, tutela-se o interesse da sociedade de acesso e fruição à estas mesmas criações intelectuais³⁸⁰.

Denote-se, em certo rigor que a liberdade de expressão também é assegurada pelo inciso IX, do art. 5.º, da Constituição Federal, garantindo inclusive a liberdade de expressão da atividade intelectual. No entanto esta liberdade encontra limites no que se refere, por exemplo, às apresentações e espetáculos públicos, bem como à radiodifusão, televisão e propaganda. Aponte-se que estes limites, da mesma forma que a garantia da liberdade de expressão, irão encontrar tutela ao abrigo do texto constitucional, de acordo com o que imprime as circunstâncias do caso concreto.

Pode assim, nestes casos, o direito de autor configurar-se como uma restrição ao exercício pleno da liberdade de expressão. Em circunstâncias desta espécie o reforço na intensidade de proteção aos direitos de autor, surgido tanto no seu conteúdo como no seu prazo de proteção, aumenta o grau de interferência sobre a liberdade de expressão. Já que a liberdade de expressão não pode manifestar-se de modo completamente livre sobre uma expressão criativa anterior; salvo autorização do autor, ou nos casos especiais admitidos expressamente na lei, em regime de exceção.

³⁷⁸ Vd. TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12-13.

³⁷⁹ Manso, neste sentido, adotando a técnica de interpretação dos institutos jurídicos pelas normas constitucionais, afirma que na possibilidade do uso do bem intelectual sem violar o interesse privado do titular, estaria instaurado o conflito. Cf. MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)**. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 90

³⁸⁰ Vitalis em tom conformador destes dois interesses propõe que em vista da obrigação de atendimento à função social, estabelece-se a necessária conciliação dos interesses individuais e coletivos; uma vez que, decorrente desta obrigatoriedade institui-se, por um prazo determinado, para o autor o exclusivo econômico de sua obra. Completando, afirma que «o monopólio de exploração econômica concedido ao criador corresponde à tutela do aspecto patrimonial dos direitos autorais, reconhecendo a importância do trabalho realizado, ao mesmo tempo em que estimula a constante criação de novas obras. O interesse da sociedade no progresso e difusão da cultura, por sua vez, é reconhecido e tutelado na medida em que é estabelecido em prazo para o monopólio do autor que, uma vez exaurido, enseja a possibilidade de plena divulgação e publicação da obra, respeitando-se, obviamente, os direitos morais nele inculcados» VITALIS, Aline. **A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação**. in MINISTÉRIO DA CULTURA, Brasil. Coleção cadernos de políticas culturais, v. 1, p. 173-236, 2006, p. 206. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/direitos-autorais.pdf>>. Acesso aos 17.05.2010.

Outrossim, é mister referir que a liberdade de expressão em alguns ordenamentos jurídicos vem sendo considerada o bem jurídico mais precioso a ser tutelado³⁸¹. De sorte que as discussões em volta da liberdade de expressão e da tutela conferida ao autor, para o exercício do seu exclusivo de exploração econômica, são inúmeras³⁸².

Muito embora, já se tenha defendido que o conflito entre o direito do autor e o direito à informação esteja consubstanciado na premissa de que o direito de autor corresponde a um exclusivo sobre a forma e não sobre o conteúdo da informação, registre-se que a regra não é o bem intelectual conformar-se como um exclusivo para o autor e o que escapa a esta tutela seria a ressalva.

Assim, na verdade, neste domínio de tutela o contrário é que se aplica; ou seja, a regra é o bem intelectual estar acessível ao público e o que escapa a esta regra é o exclusivo conferido ao autor pela lei. Somente assim vê o autor garantida a hipótese de obter remuneração pela sua atividade intelectual, dado que lhe fora atribuído por lei retirar a exteriorização do seu engenho criativo do plano público, tornando a mesma um exclusivo temporário para exploração econômica³⁸³.

De modo geral não só os tratados internacionais, como também as legislações nacionais de diversos Estados apontam claramente para a distinção indiscutível que se faz entre o plano das ideias e o da expressão criativa, estabelecendo liberdade para o primeiro plano e garantindo o exclusivo para a segunda. Aliás, esta compreensão não se pode afastar, posto que, o contrário

³⁸¹ Como é o caso da previsão legal nos Estados Unidos da América relativa aos limites do direito de autor vislumbrada ao lado da Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana, cujo conteúdo extrai-se deste trecho: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances». Trad. Livre. « O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.» O texto completo da Constituição norte-americana incluindo as suas emendas encontra-se disponível no web site do Arquivo Nacional do Governo Americano em < http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>, consulta aos 18.10.2012.

³⁸² Baker esclarece que o exclusivo do autor para explorar economicamente a sua criação de espírito atribui poderes a um sujeito particular para limitar o discusso doutro sujeito; uma vez que o direito de autor confere poder ao primeiro de impedir a utilização da sua expressão intelectual pelos demais sujeitos. Cf. BAKER, Edwin. **First Amendment Limits on Copyright**. In: Vanderbilt Law Review, April, 2002, p. 892.

³⁸³ Christophe Geiger, ao tentar distinguir as exeções dos limites, realiza mentalmente um esboço ilustrado que de forma visual e concreta permite vislumbrar o alcance do confronto que se estabelece entre os dois interesses em jogo. Afirma o autor que as exceções correspondem uma ilha de liberdade num mar de exclusividade no uso da obra; inversamente os limites correspondem a uma ilha de exclusividade num oceano de liberdade. GEIGER, Christophe. **Droit D'auteur et Droit du Public à L'information: approche de droit compare**. Paris: LITEC, 2004.

seria admitir que ao direito de autor conferia o poder de limitar as ideias que livremente circulam no meio social³⁸⁴.

Adverta-se que o direito de autor consubstancia-se no exclusivo conferido ao autor para explorar economicamente a sua atividade intelectual que exprime o seu engenho criativo; portanto, não tutela as ideias, dado a sua amplitude de liberdade garantida pelos tratados internacionais de proteção aos direitos do homem.

Destarte, observe-se que o problema a ser enfrentado nesta investigação é saber se a liberdade de expressão também alcança a expressão criativa do autor. Por forma, a deixar claro qual o caminho a seguir, deve-se firmar de pronto que se assim o fosse, não faria sentido o exclusivo atribuído pela lei ao autor para explorar economicamente a sua expressão criativa de espírito³⁸⁵.

Não restam dúvidas que no plano social e filosófico a resposta seria diversa, dado que se trata de duas ordens frontalmente distintas; mas no plano jurídico parece ser apenas aparente este conflito, posto que também se configura como papel do texto constitucional e, mais ainda da exegese jurídica estabelecer um ponto de equilíbrio entre estas duas garantias fundamentais.

O *locus* que o direito de autor ocupa no plano constitucional vislumbra exatamente a hipótese de se conferir um limite à liberdade de expressão e esta configurar-se como um limite ao exercício do exclusivo econômico do autor.

³⁸⁴ De passagem frise-se que é isto o que proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem: «Article 19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.» ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Universal Declaration of Human Rights**. Proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 General Assembly resolution 217 A (III). Disponível em <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Trad.: «Artigo 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito inclui a liberdade de ter opiniões sem interferência e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.» ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Adotada e proclamada em Paris pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

³⁸⁵ Cumpre-se neste plano de ideias referir que o exclusivo atribuído ao autor não garante a possibilidade de terceiros utilizarem a expressão criativa deste incorporando-se à mesma um novo componente de criatividade, porque entende ser esta uma idéia, cujo uso encontra-se no mar de liberdade. Muito pelo contrário, para tal incorporação de nova criatividade, porque se entende que surge daí uma obra derivada, deve obrigatoriamente o terceiro compreender que se encontra na ilha de exclusividade; por isso far-se-á sempre necessária a prévia autorização do autor para esta utilização. Note que tal exigência mantém-se mesmo na de uma nova leitura ou interpretação do bem intelectual. Afirme-se que esta é a previsão do art. 29 da Lei brasileira de direitos de autor, Lei n.º 9.610/98, «depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações».

Quanto ao exercício do livre acesso à informação e à cultura previsto de modo geral nos textos constitucionais nacionais³⁸⁶ constate-se que tais direitos encontram-se firmados sob o fundamento do princípio da universalidade, o que implica em afirmar-se que estes direitos estão para todos garantidos, uma vez que se configuram como direitos sociais³⁸⁷.

Sem embargo, estes direitos têm como objetivo a imposição de diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, com o fim de atribuir ao homem uma melhor condição de vida, bem como ofertar uma razoável dignidade, por forma a garantir o exercício da liberdade. Assim, destaque-se que tais direitos concebem-se como pressupostos dos direitos fundamentais, uma vez que se associam de modo estreito às condições materiais necessárias para o pleno exercício de outros direitos.

Sarlet com propriedade aponta que o aspecto distintivo dos direitos sociais corresponde à sua dimensão positiva; posto que se trata de conferir ao homem o direito de participar do bem estar-social e, não especificamente de evitar a intervenção do Estado nas liberdades individuais³⁸⁸.

³⁸⁶ No caso do Brasil este direito encontra-se fixado na Carta Magna em seus arts. 5.º, XIV e 215. Leia-se: «XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional». «Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Em Portugal esta previsão encontra-se no Capítulo III - Direitos e deveres culturais. Artigo 73.º (Educação, cultura e ciência) 1. Todos têm direito à educação e à cultura. 2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva. 3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais. 4. A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas.» **PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional, 2005.** Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

³⁸⁷ Há quem defina o conteúdo dos direitos sociais informando que estes «(...) impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício de liberdade». MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51. Concebendo-os como um instrumento válido para reduzir as desigualdades existentes e ainda comparando-a com os direitos civis e políticos Mendes entende que «(...) diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.» MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 710.

³⁸⁸ Assim é que Sarlet conclui que não se trata mais de identificar a liberdade do e perante o Estado, mas sim de

Mais ainda, cumpre referir que os direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil configuram-se como condições imprescindíveis para o exercício efetivo de um direito fundamental qualquer.

Portanto, compreende-se que o pleno exercício dos direitos de liberdade, objetivam claramente a oferta de condições materiais para o alcance da igualdade real, ou seja, material desejada. Somente assim, é possível concretizar-se o exercício efetivo da liberdade³⁸⁹.

Advirta-se, no entanto que a igualdade formal, meramente de caráter negativo, possibilita a geração de inúmeras espécies de desigualdades. Isto se deve ao fato de que a mesma não equilibra e muito menos distingue situações diversas que necessitam de equilíbrio, já que como ponto de partida não toma nota das desigualdades enfrentadas pelos seus destinatários³⁹⁰.

Por isso, é que a igualdade material deve configurar-se como a que destaca tratamento de modo uniforme e equânime para todos os indivíduos, mas sempre que for necessário constitui tarefa da mesma sopesar situações que se apresentam como desequilibradas.

Note-se que a plena e concreta efetividade dos direitos sociais encontra-se não só vinculada às regulamentações infraconstitucionais, mas também àquelas que se referem ao orçamento do Estado. Lembre-se ainda, que os direitos sociais previstos na Carta Magna brasileira representam um ônus que vincula o legislador infraconstitucional, todavia não se estabelece uma ordem de ideias sobre como tais ônus deverão ser preenchidos³⁹¹.

Relativamente aos direitos culturais, acentue-se que a disciplina dos mesmos no diploma maior brasileiro conformou-se mediante o estabelecimento de normas programáticas; uma vez que o texto constitucional não estabeleceu de logo o seu objeto, restringindo-se exclusivamente à um programa de ação relativamente ao mesmo³⁹².

liberdade por intermédio do Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.^a ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 56-57.

³⁸⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35.^a ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

³⁹⁰ Delnaro chega mesmo a indicar que é por força, especialmente de tal opção que se apresenta a constante tensão entre os direitos sociais e os direitos individuais garantidos pela Constituição Federal. Cf. DEL NERO, João Alberto Schützer. **O significado jurídico da expressão «função social da propriedade»**. In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 3, 1997, p. 82.

³⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3.^a ed., São Paulo: Atlas, p. 117.

³⁹² Eros Grau sobre o tema denota que «as Constituições dos Estados capitalistas passaram, desde o início deste século, a consagrar determinados direitos econômicos e sociais. Tais ‘direitos’, no entanto, são concebidos como destituídos de eficácia. Vale dizer, são ‘direitos’ aos quais não corresponde nenhuma garantia jurídica de operacionalização. Aí a teorização das normas programáticas. Com isso os jogadores dotados de poder de

Ademais, frise-se que o direito de acesso à informação e à cultura obviamente substancia-se como aquele que apresenta maiores chances de gerar conflito com o direito de autor, nomeadamente em decorrência da revolução dos meios de comunicação e com o surgimento da *world wide web* que potencializa os meios de circulação e divulgação de conhecimento.

Pondere-se que o surgimento das novas tecnologias de comunicação potencializou de sobremaneira os meios de acesso à informação e à cultura. O que levou, logicamente, a uma reação no mesmo sentido de amplitude, alargando o espaço de proteção do direito de autor, dado os múltiplos instrumentos disseminadores das criações intelectuais, no espaço em rede³⁹³.

De mais a mais, observe-se que as novas modalidades de comunicação, permitiram o surgimento mais robusto do fenômeno da digitalização, que implicou na possibilidade dum maior acesso à infraestrutura de rede em linha e ao conhecimento adequado para a catalogação e tratamento da informação desejada; como também fomentou o alargamento da liberdade de criação intelectual e gozo dos bens intelectuais.

Este acontecimento, como é óbvio remeteu à uma necessidade premente de flexibilizar as normas de proteção da expressão criativa do autor³⁹⁴.

Exemplo, bastante ilustrativo do conflito entre a tutela garantida pelo direito de autor e aquela conferida ao direito de acesso à informação e à cultura, é o da digitalização dum acervo bibliotecário público; por forma a resguardar as obras intelectuais, da deterioração natural pelo tempo.

dominação impedem que os demais se afirmem capazes de realizar suas metas e de conquistar seus objetivos. Às conquistas que historicamente seriam logradas por estes últimos antecipam-se os titulares do capital, paternalisticamente ofertando-as a eles. O mínimo que estes últimos ousariam conquistar, assim, é a eles atribuído como uma dádiva daqueles. Atribuído, porém, apenas e tão-só formalmente, como ‘direito’ inscrito no texto constitucional, não juridicamente obtível. O fato, todavia, é que tais ‘direitos’ não constituem senão uma ‘concessão’ que serve a interesses bem definidos, na medida em que contribuem eficazmente à continuidade do jogo. Aparentando, por vezes, corresponderem a verdadeiras ‘conquistas’, tais ‘direitos’ nada mais consubstanciam senão estratégicas concessões de um dos jogadores, que ‘perde’ neste ou naquele lance, para que o jogo continue a ser jogado, segundo as regras que o ordenam». GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 17 e 18.

³⁹³ Denote-se que a imposição deste desafio apresenta-se no momento de equilibrar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, com o fito de retorno da esfera pública à um espaço de liberdade para o formação da opinião pública. Sobre o tema vd. HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

³⁹⁴ Lawrence Lessig sobre o tema acentua que a tecnologia digital capacitaria inúmeras pessoas a produzirem uma expressão criativa pronta a ser tutela pelo exclusivo de exploração econômica. Ou seja, facultando assim ao mero consumidor do bem intelectual, a participar dum novo processo criativo quer individual ou coletivamente. LESSIG, Lawrence. **The future of ideas: the fate of commons in a connected world**. New York: Random House, 2001, p. 9.

Olvide-se, desde já que o objetivo intentado é eminentemente social; ou seja, configurando-se numa hipótese de garantir ao público o acesso a tais bens, inclusive, legando para as gerações futuras o conhecimento e a cultura que se produzira em tempos remotos.

Todavia, não se deve por de lado a probabilidade de se argumentar que tal ato de digitalização do referido acervo bibliotecário, mesmo com esta finalidade social intrínseca, constitua um ato de violação do direito do autor. Este argumento pode ser defendido se considerado, por exemplo, que o ato de digitalização não foi autorizado pelo autor, caracterizando-se ainda como um ato de reprodução integral da obra noutro suporte físico. De sorte que, aparentemente seria defensável a tese de obrigatoria recolha prévia da autorização do autor³⁹⁵.

Fato é que a solução conferida para este problema, se analisado rasamente o ordenamento jurídico brasileiro, restringindo-se à mera leitura da lei de direitos de autor, Lei n.º 9.610/98, conduziria à proibição de tal ato de digitalização. Esta proibição encontraria fundamentos jurídicos no referido diploma legal brasileiro; uma vez que o mesmo não faz nenhuma previsão sobre a reprodução integral da obra tutelada em determinadas situações, que deveriam constar na lei para o exame da necessidade de reprodução e o seu impacto no mercado de exploração econômica da atividade intelectual do autor³⁹⁶.

Entretanto, como já apontado anteriormente é mister a aplicação da nova técnica de interpretação dos institutos jurídicos pelas normas constitucionais; assim claramente o interesse público de acesso ao acervo bibliotecário, dado apenas poder ser assegurado ao longo do tempo se realizado o ato de digitalização, deve sobrepor-se aos direitos de autor.

Aponte-se que o texto constitucional brasileiro apenas de forma genérica estabelece o direito de acesso à informação e à cultura como uma garantia de acesso ao público, no caso ao acervo bibliotecário em questão. Forçoso é então afirmar pela defesa do acesso, mesmo que diante de tal previsão constitucional aberta, bem como da não previsão na lei infraconstitucional de proteção expressa do direito de acesso público à informação e à cultura.

³⁹⁵ Particularmente na lei de direitos de autor brasileira, Lei n.º 9.610/98 este ato importaria em violação às disposições, encontradas nos arts. 5º, inciso VI, 29, inciso I, 31 e 46, inciso II, especialmente porque o mandamento do art. 4º do mesmo diploma legal, determina a obrigatoriedade de interpretar-se restritivamente os atos que envolvam transferências dos direitos de autor.

³⁹⁶ Denote-se que analisando a finalidade da reprodução, outra solução não poderia ser apresentada, senão aquela que determine a sobreposição do interesse público sobre o interesse do autor; o que importaria reflexamente na imposição duma limitação ao direito de autor.

A leitura do texto da lei deve sempre ser realizada conformando-se com o texto constitucional. Portanto, não mais se admite a inexistência na lei infraconstitucional dum limite ao direito de autor nestes termos.

De mais a mais, cumpre destacar de que forma a legislação infraconstitucional está delineada por meio a conformar os direitos culturais protegidos constitucionalmente³⁹⁷. Ou seja, qual o mecanismo que se utiliza para a tutela do patrimônio cultural, que inclusive constitui-se como um direito-dever do Estado, no comando da proteção do interesse público sobre o mesmo³⁹⁸.

Cumprindo ainda referir, que a proteção do patrimônio cultural, constitui-se numa tarefa do Estado que se obriga ao nível constitucional a promove-lo e a protege-lo por meio de atos administrativos, que por exemplo determinam o seu inventário, tombamento, bem como desapropriação.

Não se olvide em pontuar que diante de tais obrigações determinadas constitucionalmente é plenamente compreensível a interferência do Estado nas obras protegidas pelo direito de autor, que impliquem no cumprimento do dever de cuidado do patrimônio cultural³⁹⁹.

Óbvio está que a interferência autorizada pelo texto constitucional limita-se ao que se estende como proteção ao patrimônio cultural; por isso, resta impossível a prática de excessos, já que configurada estaria a violação do direito de autor.

³⁹⁷ A Carta Magna brasileira disciplina em seu art. 216 que se «constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico». E no § 1.º, do mesmo dispositivo constitucional estabelece que «o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação». BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

³⁹⁸ O texto constitucional português disciplina a proteção destes bens culturais atribuindo à sua defesa como uma tarefa fundamental do Estado. É o que extamente preleciona o «Art. 9.º (Tarefas fundamentais do Estado) São tarefas fundamentais do Estado: (...) e Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território». E no mesmo diploma constitucional o Estado português ainda determina a tutela dos direitos e deveres culturais, dispondo-os no art. 73.º que ensina: «(Educação, cultura e ciência) 3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais». PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

³⁹⁹ Note-se que este dever de zelo e cuidado tanto deve ser perseguido pelo Estado como por toda a comunidade. Aliás, tanto o texto constitucional brasileiro como o português adotam este mesmo mandamento de divisão das responsabilidades pela proteção ao patrimônio cultural, como se observa na nota logo acima.

Vale de nota a curiosa polêmica iniciada pelos herdeiros do escultor do Cristo Redentor que pleiteiam indenização pela violação dos direitos de autor pelo uso comercial da obra; tendo em conta que a imagem do Cristo era comercializada estampada em lembranças que ilustravam a visita à obra arquitetônica⁴⁰⁰.

Destarte, observe-se, que os direitos patrimoniais sobre a obra arquitetônica do Cristo Redentor são de titularidade da Arquidiocese do Rio de Janeiro, responsável pela arrecadação de fundos para a construção do monumento, tendo inclusive fiscalizado e zelado as obras para a construção⁴⁰¹. Afora isso recorde-se que a obra arquitetônica em discussão trata-se dum monumento afixado em local público, portanto nem mesmo os titulares das faculdades patrimoniais sobre a obra poderiam impedir a sua livre exposição ao público⁴⁰².

Frise-se, também, que a utilização do texto constitucional no seu art. 216, solucionaria o conflito, na medida em que pela decorrência do princípio da proporcionalidade, o acesso ao público sobre a obra deve sobrepor-se ao direito de autor, sendo completamente insustentável a tese de violação dos direitos de autor⁴⁰³.

Constate-se, para finalizar esta seção que o direito de autor, eminentemente, vem ao longo do tempo sendo utilizado como uma medida de restrição ao acesso sobre o conteúdo da expressão criativa do autor. Por isso, cada vez mais se destaca a tarefa do Estado em reforçar

⁴⁰⁰ Para uma melhor compreensão do caso vd. ASSIS, Diego. Quanto vale o Cristo? Folha de S.Paulo, 19 set. 2004. Caderno Ilustrado.

⁴⁰¹ Vale de nota a leitura do parecer da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro sobre este polêmico caso: BARBOSA, Dênis Borges. **Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PG/CES/02-00-DBB)**. 29 de agosto de 2000, in BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão*. Estudos de Direito. 2005. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>, acesso em 20.10.2012.

⁴⁰² É inclusive o que preleciona o art. 48 da lei brasileira de direitos de autor, Lei n.º 9.610/98, pois determina que «as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais». Carboni entende que a discussão em face da titularidade dos direitos de autor sobre a obra arquitetônica não se reputa indispensável para a solução do problema. Pois, sem dúvidas, conforme acentua o autor, a obra do Cristo Redentor para além de representar patrimônio cultural, trata-se da imagem simbólica da cidade do Rio de Janeiro. CARBONI, Guilherme. **Os desafios do direito de autor na tecnologia digital e a busca do equilíbrio entre interesses individuais e sociais**. Revista Juris, Faculdade de Direito da FAAP, São Paulo, 2009, ano 1.

⁴⁰³ Aponte-se ainda sobre este curioso problema que no julgamento da Apelação Civil n.º 0103897-94.2007.8.26.0100 promovida pela família do artista francês Paul Landowski, um dos escultores da imagem do Cristo Redentor, entrou com uma em face da joalheria H. Stern pelo uso da imagem do Cristo em suas jóias. Friese-se que no curso do processo, o juiz convidou a Arquidiocese do Rio de Janeiro para manifestar-se, tendo sido esclarecido por meio de prova documental que o arquiteto Heitor da Silva Costa, o pintor Carlos Oswald e Paul Landowski cederam à Igreja Católica todos os direitos referentes à obra. Cf. Voto 22.870 do Rel. Des. Vitor Guglielmi da 6.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 6.ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vitor Guglielmi. **Apelação Civil n.º 0103897-94.2007.8.26.0100**, 15.03.2002, Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5780301&v1Captcha=rYAbY>>.

os princípios gerais constitucionais no enfrentamento entre o plano da liberdade e o da exclusividade.

Note-se, que esta tarefa não se exaure mesmo que diante da clássica distinção entre expressão e ideias; muito pelo contrário perdura uma vez que se trata de um enfrentamento constitucional. Claro está que a discussão não pode findar numa análise restritiva sobre o fluxo da comunicação.

Portanto, não se deve concluir pela justificativa à regulação legal; mais, ainda se esta retira por completo o acesso à própria atividade de comunicação deve ser evitada. Assim, destaque-se que a ponderação necessária nesta hipótese, tem como escopo a extensão restritiva da comunicação por um lado e pelo outro, os interesses satisfeitos por tal restrição extendida⁴⁰⁴.

Nesta senda, também são duas as observações devidas para explicar tais escopos. A primeira observação toca de perto sobre o grau de desigualdade que tal restrição pode vir a gerar nos diversos agrupamentos de sujeitos. Já a segunda diz respeito sobre qual a dimensão alcançada pelas restrições constituídas num *locus* que por tradição sempre fora destinado à liberdade de expressão coletiva⁴⁰⁵.

Por conseguinte, resta concluir que o direito do autor nos seus fundamentos estabelece-se num ambiente de constante tensão entre o direito de exclusivo de exploração econômica, com escopo privado, e a liberdade de expressão, com escopo misto, assumindo-se hibridamente como um direito fundamental público e privado. Já que a um tempo confere ao autor o direito de expresar a sua atividade intelectual de forma criativa e por outro reserva a faculdade do público de inspirar-se e expressar-se livremente sobre o conteúdo criativo a que teve acesso.

Analisando-se, ainda, o direito de autor, como um problema de natureza econômica, constata-se também a grande tensão construída entre as vantagens que o mercado responsável oferta pela produção de bens informacionais e culturais e, as limitações intrínsecas dos direitos de propriedade como uma solução institucional para o problema da produção de bens informacionais públicos.

⁴⁰⁴ Neste mesmo sentido entende Oliveira Ascensão quando afirma que «Este protagonismo real do empresário é uma anomalia. Não se explica que se crie um ramo do Direito altamente proteccionista com o fundamento na dignidade da criação intelectual para o pôr afinal ao serviço da protecção dos investimentos.» ASCENSÃO. José de Oliveira. **Propriedade Intelectual e Internet**. in Direito da Sociedade da Informação, vol. VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Também disponível em <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira1.pdf>>, acesso 17.10.2012.

⁴⁰⁵ Cf. TRIBE, Laurence H. **Constitutional Law**, New York: Foundation Press, 1988, p. 12.

Outrossim, nas seções que se desdobram da presente, esta investigação, preocupar-se-á em compreender se a relevância da fixação dum espaço livre, refletirá a satisfação dum interesse exclusivamente de natureza individual, ou pelo contrário resultará na satisfação dum interesse de natureza social. Mais ainda, esta investigação, procurará identificar se é possível afirmar a existência dum espaço livre, no qual convivam harmonicamente interesses de ordem estritamente individual e ao mesmo tempo interesses de ordem amplamente social.

2.2.1 O espaço livre para uso privado e a satisfação de interesses individuais

Desde já é forçoso acentuar, após a identificação da tensão existente entre o direito de autor e o espaço livre para utilização da sua expressão criativa, que é possível defender a ideia da satisfação dum interesse exclusivamente individual.

Note-se que este espaço livre, na verdade, unicamente não se conforma com a satisfação dum único interesse individual, mas sim com a de diversos interesses individuais, que assumem titularidade e escopos distintos.

Esta afirmação parece confusa, na medida em que o paradoxo frequente é distinguir entre uma racionalidade individual e outra coletiva. Note-se que o escopo da racionalidade coletiva intenciona objetivar aquilo que é melhor para cada indivíduo; ou seja parte-se do pressuposto de que todos os outros indivíduos agirão da mesma forma.

Pondere-se que o carácter plural encontrado na análise do significado da liberdade, antevê a impossibilidade de definir liberdade ausente estando a identificação de qual significado, ou até mesmo de quais significados, pretende-se atribuir à mesma. Assim, cumpre estudar qual a contextualização de liberdade para uso privado; ou seja, identificar espacial e temporalmente o seu âmbito de aplicação.

De sorte que esta investigação, não se preocupará em compreender o que se entende por liberdade “em si”; e sim, em verificar no que consiste a liberdade contextualizada no âmbito do uso privado de obra protegida pelo direito de autor.

Observe-se que, na medida em que o direito encontra-se distribuído entre todos, é possível identificar que entre os indivíduos haverá conflito, dado que todos pretendem a satisfação do seu interesse particular. Assim como compreender este espaço livre para a satisfação de

interesses individuais, se estes fortemente desejados por uns implicará no afastamento do interesse do outro? Tal cenário representa exatamente o famoso estado de guerra hobbesiano no qual um pretende dominar o outro⁴⁰⁶; que, nesta investigação impõe-se contextualizar, considerando, portanto este estado, no espaço livre para uso privado.

Registre-se, entretanto, que mesmo considerando o espaço livre para uso privado, um espaço no qual cada indivíduo vislumbra a satisfação dum interesse particular seu de acesso aos bens culturais, este estado de Hobbes não pode ser diretamente aplicado.

Compreender o problema desta maneira implica em questionar-se sobre a própria existência deste espaço livre; uma vez que diante do estado de guerra entre os interesses individuais, repensar-se-ia sobre a efetividade do próprio espaço livre. Ou seja, como determinar a lei um espaço livre para a satisfação dum interesse individual, quando este espaço é por si próprio gerador de conflitos, capaz de impedir a satisfação do interesse que ele mesmo pretende alcançar?

Advirta-se inclusive, que o próprio Hobbes ao enfaticamente afirmar a existência do estado natural do homem, pretende o mesmo defender fortemente a instituição do estado civil. Por conseguinte denote-se que o pensador afirma e enfatiza o estado de guerra, por forma a combatê-lo. Melhor dizendo, Hobbes para encontrar um meio de se instaurar uma verdadeira preocupação social com a vida do indivíduo, busca encontrar quais os motivos da mesma não estar ainda presente na vida de todos⁴⁰⁷.

Sem embargo, na medida em que se pretende encontrar meios eficazes e adequados para solucionar o problema dos conflitos existentes entre os diversos interesses privados em jogo, não se pode mascarar qual a verdadeira contextualização destes mesmos interesses. Negá-los, é mais agradável e não se destoa do *modus operandi* comum; todavia, as consequências desta

⁴⁰⁶ É assim que Hobbes aponta para o estado de guerra: «Considerando então a ofensividade da natureza dos homens uns com os outros, deve-se acrescentar um direito de todos os homens a todas as coisas, segundo o qual um homem invade com direito, e outro homem com direito resiste, e os homens vivem assim em perpétua difidência, e estudam como devem se preocupar uns com os outros. O estado dos homens em sua liberdade natural é o estado de guerra.» HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político**. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002. (Col. Fundamentos do direito), p. 96.

⁴⁰⁷ Reafirmando a busca de Hobbes pelo estado civil Bobbio aponta: «Ora, quando é que o homem se encontra em melhores condições para agir de acordo com a lei natural sem sofrer nenhum prejuízo? Quando está seguro de que o outro fará o mesmo. (...). Mas essa segurança só pode ser obtida no estado civil, ou seja, naquela situação onde as ações dos homens não são mais impostas condicionalmente, e sim de modo incondicional. O que significa que sou obrigado a realizar o que as leis naturais me prescrevem somente quando estas leis naturais são transformadas em leis civis.» BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. 4ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 111-112.

negativa serão funestas para uma tentativa de conciliar os interesses. Ou seja derrotado estaria o estado civil, instaurar-se-ia o estado natural, enfim, o estado de guerra.

Certamente, defender o estado civil importa em contextualizar os interesses privados no espaço livre para uso privado; ou seja aponta para uma preocupação fortemente social com o bem estar da vida humana, portanto não se reduz meramente à defesa da integridade física, como se poderia extrair do estado hobbesiano de guerra.

Dá que se destaca, efetivamente a necessidade de aplicação universal do princípio de Hobbes sobre a irrenunciabilidade da defesa da vida humana. Pois o que se pretende é o equilíbrio entre os diversos interesses particulares que circulam neste espaço livre para uso privado.

Neste sentido é possível a compreensão de que o núcleo dum interesse individual não se reduz à um interesse mesquinho, que pretende o retorno do homem ao seu estado natural; pois caso contrário implantar-se-ia o estado hobbesiano de guerra. Mas sim a um núcleo que compreenda a satisfação de interesses individuais conformando-se nele próprio também a satisfação dum interesse de natureza socialmente relevante.

Em boa verdade, trata-se duma indagação a ser refletida na presente investigação o fato dum interesse particular poder conformar em si mesmo, um interesse socialmente relevante, mas legítimo, uma vez que confirmado por cada um dos particulares. Assim, se compreende o exercício do uso privado apenas no espaço livre por forma a não violar o exclusivo do autor de obter a justa remuneração pela sua atividade intelectual.

Portanto, admiti-se que cada interesse individual para ser satisfeito, deve ter no seu núcleo um interesse socialmente relevante, porque o exercício daquele interesse de natureza privada apenas é suportado socialmente se respeitados os demais interesses envolvidos na relação. Assim, quando cada indivíduo vê o seu direito ao exercício do uso privado no espaço livre respeitado, tal fato implica necessariamente em afirmar que o exercício deste mesmo direito por outros também fora admitido.

Observe-se que nesta senda os interesses individuais, tomados publicamente, se preteridos, a consequência é a do desaparecimento de todo e qualquer vínculo subjetivo entre os indivíduos e os seus direitos. O que implica em ponderar que a afirmação dum interesse socialmente relevante por conseguinte não reconduz necessariamente no respeito dos interesses individuais em jogo.

Todavia, o contrário reputa-se verdadeiro, uma vez que o respeito de cada um dos interesses individuais envolvidos na relação importa em respeito à um interesse de natureza coletiva; ou seja, satisfeitos os interesses individuais para o exercício do uso privado no espaço livre de cada um dos envolvidos na relação, reconduz-se também à satisfação de interesses socialmente relevantes, portanto coletivos.

Sustentando-se agora em Hayek⁴⁰⁸, que afirma a concepção de uma sociedade de indivíduos livres e virtuosos, é possível aqui na tentativa de desmitificar se o espaço livre para uso privado visa a satisfação de interesses individuais, referir que a ordem social para manter-se fora do estado hobbesiano de guerra, deve estar impregnada de princípios, valores e instituições que garantam a própria essência da liberdade coresponsável.

Porquanto, esta coresponsabilidade implica na inclusão da “liberdade de” e não da “liberdade para”; uma vez que aquela estimula a prática das virtudes que têm o condão de respeito aos direitos dos indivíduos, como também de cooperação e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim ao conceber-se um espaço livre para uso privado não se trata de estruturar uma ordem anárquica na qual cada indivíduo busca freneticamente pela satisfação de interesses seus com o espírito da sua própria essência natural; mas sim o estabelecimento duma ordem social livre e ao mesmo tempo virtuosa.

Ou seja, este espaço livre deve como é óbvio refletir claramente um núcleo de identidades básicas capaz de satisfazer cada um dos interesses individuais ali presentes; mas também, precipuamente reconhecer que este espaço fomentador de conhecimento humano, encontra-se embebido por um feixe de indeterminabilidade e imprevisibilidade.

É assim que este feixe, determina que a ordem social do futuro, ou melhor do dia seguinte, caracteriza-se por ser extremamente imprevisível; já que as ações de cada indivíduo que buscam a satisfação dos seus interesses neste espaço de liberdade, produzem efeitos involutários.

Reflita-se que muitos são os espaços de liberdade produzidos neste ambiente de indeterminabilidade e involuntariedade; melhor ainda espaços desenvolvidos

⁴⁰⁸ HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de Justiça e Economia Política**. (Apresentação e supervisão da tradução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges). São Paulo: Editora Visão, 1985. 3v.

espontaneamente, cujos resultados a despeito de não planejados, geralmente surgem como imensuravelmente benéficos no escopo da satisfação não só de interesses individuais, mas também com relevância extremamente social⁴⁰⁹.

De mais a mais, na senda de Smith, refira-se que a noção de interesse individual não pode esgotar-se na satisfação dum auto-interesse, apresentando portanto como conteúdo a moralidade subjacente à noção de amor-próprio. Afirme-se que o indivíduo, para Smith, é dependente da aprovação do outro; ou seja, afirma fortemente a sua incompletude substancial⁴¹⁰.

Por conseguinte, não é possível defender a ideia dum espaço livre para uso privado que satisfaça exclusivamente os interesses dum único indivíduo. Na verdade, neste espaço convivem harmonicamente diversos interesses individuais, que se reconduzem à emergência duma ordem social⁴¹¹.

Frise-se que a satisfação dum interesse individual neste espaço livre para o uso privado, não implica necessariamente no esgotamento do interesse doutro indivíduo que também compartilha o seu interesse neste mesmo espaço de liberdade. Não se trata assim de para reconhecer-se a vitória dum interesse, necessariamente ocorra a derrota doutro interesse, como propõe John Nash na sua ideia de jogos com resultados radicais⁴¹².

Mas é possível na senda de Nash⁴¹³ compreender que os diversos interesses individuais que circulam num mesmo espaço livre para uso privado, determinem o surgimento de soluções alternativas que objetivam o equilíbrio entre estes diversos interesses. Assim, claramente é sustentável a satisfação dos diversos interesses individuais sem a necessidade de determinar um ganhador e um perdedor. Aliás, note-se o fato de que a satisfação destes interesses individuais, como já referido anteriormente determina também a satisfação dum interesse socialmente relevante.

⁴⁰⁹ Vd. sobre o tema Menger, Carl; Schneider, Louis; e Nock, Francis J. **Problems of Economics and Sociology**. Urbana: University of Illinois Press, 1963.

⁴¹⁰ Para Smith, o amor próprio, corresponde ao eixo do interesse, representando uma paixão que só assim se apresenta, porque mediante o reconhecimento do outro indivíduo retira daí a sua substância. Do autor vd. Smith, Adam. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982 e, ainda Smith, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

⁴¹¹ Nesta senda Smith explica que a mão invisível representa muito mais do que um simples operador técnico, importa em afirmar a existência dum operador social, que se constitui mediante uma teoria da sociedade, explicando assim a lógica dos fenômenos coletivos. Cf. Smith, Adam. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.

⁴¹² Vd. Nash, John Forbes. **Essays on Game Theory**. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997.

⁴¹³ Cf. Nash, John Forbes. **Essays on Game Theory**. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997.

Denote-se que juridicamente é mais compreensível a ideia de Smith que entende a ordem social como um instrumento de urgência para harmonizar o caos que possa instalar-se entre os diversos interesses individuais no espaço livre para uso privado. Pois que cada um destes interesses ao almejar a sua própria satisfação, representa a satisfação dum interesse social; ou seja, o bem estar social.

Afigure-se, neste sentido que estes interesses individuais não se chocam, como supunha Hobbes⁴¹⁴, no seu estado de guerra, ou John Locke⁴¹⁵ no seu estado de paz instável. Muito pelo contrário tais interesses individuais, mesmo que de diversa natureza compreendem a formação dum bem estar coletivo, que é essencialmente orientado pela mão invisível de Smith⁴¹⁶.

Convém destacar, que na presente seção não se cuidou de identificar o que se entende por espaço livre para uso privado, nem tão pouco de definir o seu conteúdo, limites e/ou exceções. Portanto, mister primeiro realizar um estudo sobre quais os interesses envolvidos neste espaço, para somente mais tarde compreendê-lo em seção própria nesta investigação.

Como já destacado anteriormente apresenta-se o interesse composto por três elementos, um patrimonial, um pessoal e outro jurídico. Assim concebe-se patrimonial o interesse quer do autor como do utilizador de usufruir a criação de espírito e poder dela retirar seu proveito. Note-se que o proveito retirado pelo autor da sua criação de espírito é diverso do proveito obtido pelo utilizador da obra.

Enquanto o proveito do autor, corresponde à possibilidade deste explorar economicamente a sua criação de espírito, já o proveito para o utilizador da obra corresponde à possibilidade deste afigurar-se como titular da propriedade dum bem, podendo colecioná-lo, expor o mesmo à sua rede social, demonstrando o nível do seu status econômico que é representado pela quantidade de bens que acumula.

Também pode-se destacar como pessoal tanto o interesse do autor, como o do utilizador da obra; ou seja, identifica-se o escopo pessoal no interesse do autor, quando este pretende ver a sua obra legada para as gerações futuras, imortalizada como acréscimo seu, particular, ao conhecimento da humanidade, representando o traço individual característico da sua criatividade. Já o interesse pessoal do utilizador da obra, corresponde à necessidade deste

⁴¹⁴ HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político**. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002. (Col. Fundamentos do direito).

⁴¹⁵ Cf. LOCKE, John. **Two Treatise on Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁴¹⁶ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.

agregar maior capacidade intelectual ao seu conhecimento, tornando-se assim mais culto, apresentando-se como singular, único em sua rede social por ter acumulado conhecimento.

Quanto ao elemento jurídico do interesse, refira-se que o mesmo é representado pela tutela conferida ao mesmo pela lei e, como já identificado nesta investigação ambos os interesses jurídicos quer do autor, quer do utilizador apresentam-se com o mesmo grau de proteção constitucional, caracterizando-se ambos como garantias fundamentais, que representam a liberdade de expressão, de fruição cultural e a de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura.

Obviamente, que num espaço de liberdade todos estes interesses estarão presentes, pois este espaço não é apenas reservado para uma categoria de sujeito; pois se assim o fosse não haveria os textos constitucionais, garantido a tais interesses a mesma gradação de tutela.

Assim, resta claro que ao satisfazer um interesse individual, não estará o espaço de liberdade conformando um único interesse, mas sim conformando diversos interesses individuais, não somente de categorias diversas, como também titulados por sujeitos diversos.

Lembre-se que este espaço de liberdade para uso privado ao satisfazer estes três escopos de natureza patrimonial, pessoal e jurídica, dos diversos sujeitos envolvidos no compartilhamento de conteúdos protegidos pelo direito de autor, também acaba por cumprir a sua tarefa mediante à ordem social. Posto que a satisfação destes diversos interesses afirma os interesses sociais previstos constitucionalmente garantindo a conformação destes.

Peter Singer em sua ética prática ao estudar o «paradoxo do hedonismo», acaba por afirmar esta tese; pois, ressalta que os indivíduos ao intentarem a busca da felicidade pela felicidade, não obtem êxito neste propósito. Mas, ao contrário, como afirma o autor, aqueles indivíduos que deseja alcançar objetivos diversos, acabam por encontrar a felicidade⁴¹⁷.

Esta observação de Singer confirma a lógica de satisfação dos interesses pela necessidade de alcançar um determinado propósito, que conforme acima descrito, tem natureza patrimonial, pessoal e jurídica. Certo é portanto que a satisfação dos diversos interesses individuais que convivem no mesmo espaço de liberdade para uso privado, vislumbram o alcance de um

⁴¹⁷ É assim que Singer anota. «Não se trata, por certo, de um paradoxo lógico, mas de uma tese sobre o modo pelo qual chegamos a ser felizes.» SINGER, Peter. **Ética Prática**. trad. Álvaro Augusto Fernandes, rev. cient. Cristina Beckert e Desidério Murcho, rev. txt. Manuel Joaquim Vieira, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Sociedade Portuguesa de Filosofia. Lisboa: Gradiva, 1993, p. 222.

propósito; o que implica em afirmar, na mesma senda de Singer, que não se trata de satisfação por mera vontade pela insatisfação.

Ou seja, vislumbrando o interesse do indivíduo numa ordem social, que pode ser aqui identificada como o espaço livre para o uso privado, importa em considerar que a satisfação deste interesse de natureza particular, têm o condão de também concretizar um interesse socialmente relevante que se identifica por garantir socialmente a convivência de diversos interesses individuais num mesmo espaço. Representa, assim a vontade do legislador constituinte em garantir as liberdades individuais, mediante a construção duma ordem social capaz de garantir a coexistência de diversas liberdades de idêntica gradação jurídica, mas de diversa natureza⁴¹⁸.

Saramago ao apresentar uma noção de justiça bastante curiosa, ressalta a importância desta como emergente da ordem social em ação, que se manifesta justamente pelo respeito ao direito de cada indivíduo ser o que pretende. Claro, guardadas as devidas proporções entre a comparação do ideal de justiça e a satisfação de interesses diversos⁴¹⁹.

Outrossim, importa referir a observação de Tribe sobre a necessidade de adaptação da comunidade jurídica norte-americana para a arquitetura da Constituição em face da realidade fática do «mundo reconstituído pelo microship». Assim, propõe o autor a fixação de cinco axiomas para a adaptação do direito constitucional à nova era do ciberespaço⁴²⁰.

⁴¹⁸ Ao explicar a distinção entre a ética estritamente pessoal e aquela transpessoal, pondera Singer que a primeira será quase sempre frustrante, pois sem um propósito determinado, já a segunda, afirma o autor é potencialmente capaz de alcançar a verdadeira satisfação duradoura, mesmo diante de adversidades sérias. Ou seja, instrui Singer que num determinado espaço é plenamente defensável tese de que podem ser satisfeitos interesses de natureza e titularidade diversas. E, neste sentido destaca: «É necessário mostrar que as ações motivadas pelo interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de base mais ampla para serem defensáveis, porque a noção de ética traz consigo a ideia de algo mais vasto do que o individual. Se eu quiser defender o meu comportamento com fundamentos éticos, não posso assinalar apenas os benefícios que tal comportamento me traz a mim. Tenho de me preocupar com um grupo mais vasto.» SINGER, Peter. **Ética Prática**. trad. Álvaro Augusto Fernandes, rev. cient. Cristina Beckert e Desidério Murcho, rev. txt. Manuel Joaquim Vieira, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Sociedade Portuguesa de Filosofia. Lisboa: Gradiva, 1993, p. 13.

⁴¹⁹ Porquanto refere Saramago: «(...) uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo. Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e sobretudo, uma justiça que fosse a emanção espontânea da própria sociedade em ação, uma justiça em que se manifestasse, como um iniludível imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste.» SARAMAGO, José. **Carta de José Saramago lida no encerramento do II Fórum Social Mundial**. in Revista Espaço Acadêmico, Ano 1, n.º 10, Março, 2002. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br/010/10saramago.htm>>, acesso aos 24.10.2012.

⁴²⁰ Tribe chega a apontar que os autores da Constituição norte-americana agiram de modo sábio, na medida em que não estabeleceram para cada estação um quadro em particular; ao contrário redigiram um texto cujos

O axioma de Tribe⁴²¹ que toca mais de perto o problema ora enfrentado, trata-se do segundo, que determina os limites constitucionais da propriedade privada e da personalidade. Segundo o autor o estabelecimento de limites desta natureza depende de variáveis mais profundas do que meramente a utilidade social e a viabilidade técnica da imposição de tais limites.

Na verdade, utilizando o termo ciberespaço cunhado por Gibson⁴²², que determina um espaço no qual a comunicação e as relações podem ser realizadas mesmo ausente a presença física do homem, pode-se verificar que este segundo axioma de Tribe é desafiado⁴²³. Note-se que o ciberespaço caracteriza-se pelas ligações eletrônicas dos computadores às redes de transmissão, capazes de processar informação digital.

Informação digital esta que processa a comunicação linguística do homem, transformando-a em linguagem binária; isto é, à uma combinação de 0's e 1's. Esta linguagem simples permite não só à máquina compreender os sinais e signos da linguagem humana; mas também permite que a realidade virtual seja infinitamente reproduzida, tornando possível a cópia de arquivos que são transmitidos de uma máquina para outra, mesmo estando ausente a obra tangível. Melhor referindo, sem que esta obra saia da estante.

Denote-se ainda que é a partir desta realidade virtual imaginada que o indivíduo passa a utilizar a rede para criar uma imagem anônima em constante interação com outras de idêntica natureza. O que propicia diversas interações patrimoniais e pessoais.

princípios são válidos e aplicáveis a todos os tempos e a todas as paisagens tecnológicas. Cf. TRIBE, Laurence H. **Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 1988.

⁴²¹ Tribe descreve em seu artigo a existência de 5 axiomas, são eles: «Axiom 1: There is a Vital Difference Between Government and Private; Axiom 2: The Constitutional Boundaries of Private Property and Personality Depend on Variables Deeper Than Social Utility and Technological Feasibility; Axiom 3: Government May Not Control Information Content; Axiom 4: The Constitution is Founded on Normative Conceptions of Humanity That Advances in Science and Technology Cannot Disprove; Axiom 5: Constitutional Principles Should Not Vary With Accidents of Technology. Trad. livre: «Axioma 1: Há uma diferença vital entre Governo e privados; Axioma 2: Os limites constitucionais da propriedade privada e da personalidade dependem de variáveis mais profundas do que a utilidade social e a viabilidade tecnológica; Axioma 3: O Governo não pode controlar o conteúdo da informação; Axioma 4: A Constituição é fundada sobre as concepções normativas da humanidade, que os avanços da ciência e da tecnologia não podem contestar; Axioma 5: Os princípios constitucionais não devem variar com os acidentes da tecnologia» TRIBE, Laurence H. **The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier**. Disponível em < http://epic.org/free_speech/tribe.html>, acesso em 21.10.2012.

⁴²² Interessante apontar que o termo cyberspaço foi cunhado pela primeira vez por Gibson, numa obra de ficção científica, na qual se cunham novos conceitos, como por exemplo inteligência artificial avançada e previsão de cyberspaço quase físico; tendo inclusive servido de inspiração para a trilogia cinematográfica Matrix. Vd. GIBSON, William. **Neuromancer**. New York: Ace Books, 1984.

⁴²³ Cf. TRIBE, Laurence H. **The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier**. Disponível em < http://epic.org/free_speech/tribe.html>, acesso em 21.10.2012.

É assim que o debate se inicia, entre aqueles que pretendem antever o ciberespaço como um espaço de completa liberdade e os que pretendem concebê-lo como um espaço no qual a ordem jurídica autoral também se aplica.

Aponte-se, também que o discurso daqueles que defendem a neutralidade da rede argumentam que a internet permite uma tecnologia livre e aberta, possibilitando uma comunicação democrática⁴²⁴. Já os que defendem a criação duma tutela similar ao direito de propriedade sobre o ciberespaço apontam que esta confere aos criadores intelectuais fomento ao exercício da sua atividade intelectual⁴²⁵. E ainda acrescentam que esta discussão configura-se numa questão de escolha sobre a política legislativa adotada para a ordem social⁴²⁶.

⁴²⁴ É assim que Tim Wu entende ao apontar que: «A communications network like the Internet can be seen as a platform for a competition among application developers. Email, the web, and streaming applications are in a battle for the attention and interest of end-users. It is therefore important that the platform be neutral to ensure the competition remains meritocratic.». Ou seja: «As comunicações em rede como a Internet pode ser vista como uma plataforma competitiva para diversos desenvolvedores de aplicações. Correio eletrônico, a internet e as aplicações streaming estão numa batalha para alcançarem a atenção e o interesse dos consumidores. No entanto, é importante que a plataforma seja neutra por forma a assegurar que a competitividade mantenha-se meritocrática.» WU, Tim. **Network Neutrality, Broadband Discrimination**. in Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141-179, Columbia University, Law School, 2003, p. 146.

Refira-se que o termo streaming é utilizado para designar, fluxo de média ou fluxo de mídia. Ou seja, para denominar uma forma de distribuir informação multimídia numa rede através de pacotes.

⁴²⁵ WU, Tim. **Network Neutrality, Broadband Discrimination**. in Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141-179, Columbia University, Law School, 2003.

⁴²⁶ No Brasil, refira-se a dificuldade na aprovação do Projeto de Lei sobre o Marco Civil na Internet (PL 2126/11, apensado ao PL 5403/01). Frise-se que a justificativa para tamanha discussão, reside no agressivo enfrentamento entre as empresas de telecomunicações, provedores de serviço, governo com os setores que defendem a ampla liberdade na rede. Para além deste embate, outra discussão que atrasa a votação do marco regulatório, que propõe regras para a internet no Brasil, refere-se à discussão sobre a responsabilidade de prestadores de serviço em linha, como a Google e o Facebook por conteúdos ofensivos publicados por terceiros. Após, três tentativas frustradas de votação do Projeto de Lei sobre o Marco Civil na Internet, em meados de Outubro de 2012, muito recentemente em 11.12.2013, foi apresentado um novo substitutivo, pelo relator, deputado Alessandro Molon. Este novo substitutivo, em linhas gerais manteve os princípios da garantia da liberdade de expressão, proteção da privacidade e dos dados pessoais, neutralidade da rede e liberdade dos modelos de negócios. Destaque-se, entretanto, que em virtude do cancelamento da reunião no Congresso Nacional brasileiro, sobre o Proposta de Emenda Constitucional - PEC 479/10, que pretende incluir, no texto constitucional brasileiro, o acesso à internet de alta velocidade (banda larga), como um direito fundamental, não fazia mais sentido votar o Projeto de Lei sobre o Marco Civil na Internet. Pois, a Proposta de Emenda Constitucional, se aprovada, irá consagrar o princípio da neutralidade da rede, um dos pontos de discussão do Projeto de Lei sobre o Marco Civil na Internet. Note-se, que na última semana de Dezembro de 2013, dado a votação com urgência constitucional deste Projeto e mais outros três, trancou-se a pauta do Plenário da Câmara dos Deputados Federais; mas, em virtude do recesso a votação, mais uma vez, foi adiada para Fevereiro de 2014. JORNAL DA CÂMARA. **Código de Mineração e marco civil da internet na pauta em fevereiro**. Câmara dos Deputados. Ano 15, n.º 3132, Brasília/DF, sexta-feira, 20.12.2013. Mas até o fecho da presente investigação em meados de Fevereiro de 2014, a votação do Projeto de Lei do Marco Civil permanece ainda em suspenso, tendo sido adiada para o retorno do Congresso após o recesso do Carnaval. LUGULLO, Marise. **Votação do marco civil da internet fica para depois do Carnaval**. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Comunicação. Ed. Regina Céli Assumpção, 20.02.2014, 15h49, Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/462526-VOTACAO-DO-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET-FICA-PARA-DEPOIS-DO-CARNAVAL.html>>, acesso aos 22.03.2014.

De todas estas discussões apresentadas nesta seção é possível com firmeza concluir-se que o espaço livre para uso privado não se dirige à satisfação dum único interesse individual; mas sim à diversos interesses individuais, na medida em que estes interesses caracterizam-se por serem tanto de natureza diversa como também titulados por diversos indivíduos. Note-se, ainda que a titularidade destes interesses individuais de natureza diversa, não implica necessariamente na uniformidade de propósitos; muito pelo contrário estes são diversos e algumas vezes contrários.

2.2.2 O espaço livre para uso privado e a satisfação do interesse socialmente relevante de acesso à cultura, promoção da investigação e da educação

Nesta seção estudar-se-á o mesmo espaço livre para uso privado, mas desta vez como palco de satisfação de interesses socialmente relevantes, que correspondem à faculdade constitucional garantida a todos de obterem acesso à cultura, a promoção da investigação e da educação.

Inicialmente cumpre destacar que uma das primeiras decisões da Suprema Corte Norte-Americana que informa sobre a tutela geral da lei para este interesse socialmente relevante fora a proferida na discussão do conflito entre o direito a liberdade de expressão e informação e o direito de exclusivo autoral, no caso *Eldred v. Ashcroft*⁴²⁷.

Essa decisão fora paradigmática, posto que a Suprema Corte, a despeito de haver compatibilizado o direito de exclusivo de exploração econômica do autor com a liberdade de expressão, reconheceu uma faculdade substantiva de acesso à informação e à manifestação do pensamento.

Denote-se que a decisão desta Corte foi no sentido de que a restrição à liberdade configurar-se-ia de modo mais evidente e concreto com a negativa do direito de acesso à informação. Este julgado compreendeu que o exclusivo sobre as criações de espírito do autor, têm o condão de negar a atribuição do direito de liberdade à informação ao grande público.

⁴²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Case Eldred et. al. v. Ashcroft, Attorney General.** (01-618) 537 U.S. 186 (2003) 239 F.3d 372, affirmed. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Argued October 9, 2002—Decided January 15, 2003. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-618.ZS.html>>.

Concluiu, assim este julgado que não haveria maior lesão do que a esta liberdade de acesso à informação, justificando em complemento que o direito de autor não protege o conteúdo, mas sim a forma.

Registre-se que essa decisão formulou o entendimento de que a pretensão no sentido de extensão do prazo da tutela autoral, correspondia à uma completa afronta à liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda da Constituição Norteamericana⁴²⁸.

Sem embargo compreendeu neste caso a Suprema Corte Norteamericana que quaisquer eventuais exceções na proteção do exclusivo conferido ao autor, na lei encontrar-se-ia um mecanismo adequado para a correção deste injustificado exceção de proteção. Portanto, frisou a Corte que para além de estimular a criação e publicação de novas expressões criativas, a legislação de direito de autor contaria com os mecanismos de acomodação da Primeira Emenda para estas posições aparentemente conflitantes⁴²⁹.

Note-se que em decorrência desta distinção, cada ideia, teoria e fato, contido num trabalho intelectual protegido pelo direito de autor, tornar-se-ia imediatamente disponível para o acesso público, logo após o primeiro ato de publicação da obra.

Mister, salientar que o direito de acesso do público à informação decorre do valor comunicativo que a obra intelectual apresenta. Daí ser imprescindível examinar a tutela que a lei oferta aos utilizadores desta informação.

⁴²⁸ A Suprema Corte Norteamericana no caso em tela defendeu a posição de que inexistiria qualquer incompatibilidade entre o exclusivo do autor e as liberdades de expressão e, assim, pontuou: «The Copyright Clause and First Amendment were adopted close in time. This proximity indicates that, in the Framers' view, copyright's limited monopolies are compatible with free speech principles. Indeed, copyright's purpose is to promote the creation and publication of free expression. As Harper & Row observed: "[T]he Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas.» Trad. Livre: «A Cláusula do Exclusivo do Autor e a Primeira Emenda foram adotadas bem próximas no espaço temporal. Esta proximidade indica, na visão dos doutrinadores, que o direito de autor limitou os monopólios compatibilizando-os com os princípios de liberdade de expressão. De fato, a finalidade do direito de autor é promover a criação e a publicação da liberdade de expressão. Como Harper & Row, observaram: "Os doutrinadores pretendem que o direito de autor destina-se a ser o motor da liberdade de expressão. Ao estabelecer um direito de exclusivo para o uso da sua própria expressão, o direito de autor fornece o incentivo econômico para criar e difundir ideias.» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Case Eldred et. al. v. Ashcroft, Attorney General**. (01-618) 537 U.S. 186 (2003) 239 F.3d 372, affirmed. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Argued October 9, 2002—Decided January 15, 2003. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-618.ZS.html>>.

⁴²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Case Eldred et. al. v. Ashcroft, Attorney General**. (01-618) 537 U.S. 186 (2003) 239 F.3d 372, affirmed. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Argued October 9, 2002—Decided January 15, 2003. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-618.ZS.html>>.

Lembre-se que o discurso fulcrado na dicotomia autor e obra, representa fortemente que a individualidade do autor não fora lançada no espaço; mas, sim, insita numa equação que pressupõe a interferência do legislador no estado natural da informação, bem como na contrapartida social, contida na informação que se caracteriza como enriquecimento cultural⁴³⁰.

Todavia, registre-se ainda que esta visão dicotômica, mas individual do discurso tradicional, visando legitimar o direito de autor; tem capacidade para facilmente antever a conclusão de que o valor cultural do bem intelectual, por ser este proveniente da relação de dependência com o autor, pode ser encontrado no ato próprio de criação intelectual.

Mas tal defesa implica que este ato de criação intelectual não representaria por si mesmo uma vantagem social, dado que também se verifica neste escopo a necessidade da contrapartida do enriquecimento cultural. Esta contrapartida de enriquecimento cultural, far-se-á presente na medida em que possibilita a recepção do conteúdo da criação pelo grande público.

Destaque-se, por oportuno que o mero ato de criação do bem intelectual não importa em si mesmo uma adição de escopo social ao seu conteúdo; posto que a contrapartida para que se constate o enriquecimento cultural social, necessita da recepção deste bem intelectual pelo grande público. Melhor dizendo, faz-se necessário a verificação de que ocorrera uma verdadeira interação entre o conteúdo cultural insito no bem intelectual e a utilização do mesmo pelo público.

Por isso, importa em afirmar que o acréscimo do escopo social no bem intelectual depende necessariamente desta interação entre o conteúdo do bem e os seus destinatários. Restando desde já evidente nesta investigação que a tutela da criação intelectual conferida pela lei não pressupõe a análise dum juízo de mérito ou de estética, mas sim a constatação da criatividade na expressão do autor⁴³¹, que não se pode confundir com o seu corpo mecânico, representando

⁴³⁰ KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor.** in Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro, p. 405 – 415.

⁴³¹ Assim mesmo já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça Português, em sua 1.ª Secção, no Acórdão relativo ao Processo n.º 855/07.8TVPRT.P1.S1, tendo como relator Gabriel Catarino, proferido aos 15.07.2012, cujo sumário transcreve-se em parte, a seguir: «I - Para que uma obra possa ser protegida pelo direito autoral, é imprescindível que ela assuma e se expresse com um traço distintivo e diferenciador de outras obras que já tenham adquirido o poder de ser conhecidas pelo comum das pessoas. II - É fundamental que a obra se projecte e cobre comunicação, no sentido de que o resultado do acto ou da acção criadora possa ser adquirido e percepcionado pelo comum das pessoas. III - A dicotomia ideia-expressão surge como antinomia do que deve ser entendido como protegível pelo direito de autor e aquilo que não o deverá ser. As ideias, por mais originais e novas que possam ser, nunca poderão ser tuteladas ou protegidas pelo direito de autor enquanto não obtiverem expressão que as torne e projecte na perceptibilidade intelectual do ser humano. (...) V - A exteriorização da ideia apresentada pelo autor, para o traçado da linha do metro a consignar na projectada ligação Campanhã-

esta expressão uma novidade que identifica o traço individual do autor e não uma mera descoberta científica ou dum fenómeno qualquer da natureza, nem muito menos mera decorrência do património cultural coletivo de domínio público ou cópia de obras já realizadas⁴³².

Outrossim, como já destacado na primeira parte desta investigação mas que deve aqui mais uma vez ser reiterado é o fato de que tanto a informação, o conhecimento, como a cultura não podem ser titulados na esfera jurídica dum particular. Muito pelo contrário, assumem estes característica de universalidade, no que diz respeito ao acesso que obrigatoriamente deve ser garantido ao público.

Não se pode, sob pena de se estar a cometer um grande equívoco, mitigando os direitos dos utilizadores, considerar que o processo de interação que este realiza com a obra, ao adquirir informação, conhecimento e cultura, pressupõe um direito de controle titulado pelo criador intelectual da obra. Ou seja, não se pode justificar que o exclusivo patrimonial de exploração económica no tempo garantido ao autor, estenda-se de tal maneira a configurar um controle sobre os atos de interação que o utilizador da obra realiza com esta, com o único propósito de obter informação, conhecimento e cultura.

Gondomar com passagem pelo antigo estádio das Antas, não colhe suficiente expressividade para se alçar à categoria de projecto ou fase de projecto criador de uma solução diferenciada, distinta de outras ideias que pudessem estar em estudo para o traçado do metro nessa ligação, se os documentos, alguns elaborados sobre elementos cedidos por outras entidades, evidenciam expressões formais incipientes e insusceptíveis de ser qualificados como projectos de arquitectura, isto é, incapazes e inaptos para que deles se pudesse extrair a existência de um rasgo conceptivo e imaginativo revelador de originalidade que elevasse a ideia à categoria de obra. VI - Se os esboços e bosquejos que constituem o suporte da ideia que o autor conclama como traduzindo uma assumpção criadora, não reverberam uma concepção, projecto ou ideia criadora, fruto de um processo reflexivo e técnico, ainda que com auxílio e servindo-se de suportes preexistentes, mas tão só um trabalho mecânico, projectado num ensaio possível a qualquer um que estivesse colocado na posição do autor, habilitado com os mesmos meios e com acesso a idênticos elementos, cumpre concluir que, ainda que tivesse tido algumas ideias para a solução a conferir ao traçado do metro na ligação Porto-Gondomar, o autor não as expressou com suficiente individualidade para que lhe possa ser atribuída a autoria da solução técnica encontrada.» PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. 1.ª Secção, Rel. Gabriel Catarino. **Processo n.º 855/07.8TVPRT.P1.S1.** Acórdão de 15.07.2012, Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d9a725015751bf4980257a3800313abd?OpenDocument>>, acesso aos 29.10.2012.

⁴³² Como já referido em linhas acima na tutela autoral vive-se uma tensão muito grande na dicotomia ideia-expressão, pois esta surge como uma antinomia do que deve ser considerado protegível pelo direito de autor e o que não será. Registre-se que a lei não garante a tutela às ideias, mesmo que originais e novas; mas tutela a expressão criativa que parte engenho intelectual humano. Assim, considera-se obra protegida pelo direito de autor, aquela em que se consegue extrair o traço característico da obra, revelando a marca individual e criativa do seu autor. Aponte-se que para Concepción Saiz Garcia, à este traço de originalidade deve-se acrescer mais dois fatores, que se identificam como o tipo de obra de que cuida a tutela, bem como os seus elementos objetivos. GARCIA, Concepción Saiz. **Objeto y Sujeto del Derecho de Autor**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 151. Também referindo a importância da análise desta dicotomia entre ideia-expressão, Maria Vitória Rocha aponta que as ideias só podem ser tuteladas como obras, no momento em que se convertam numa expressão criativa que parta do intelecto humano. ROCHA, Maria Vitória. **Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial. Obras de Arquitectura como Obras protegidas pelo Direito de Autor**. Almedina, 2011, p. 170.

Aponte-se, que este problema só é enfrentado modernamente, dado que a informação até bem pouco tempo, no início de século passado até o seu meado, era concebida como um bem eminentemente acessório na concepção estrutural e econômica social. De sorte que a tutela mais individualista conferida ao criador intelectual, não trouxe desarmonia ao sistema, já que este considerava o exclusivo individual um fomento da criação intelectual; ignorando, por completo o seu escopo social garantidor do acesso à informação, conhecimento e cultura.

Somente com a revolução dos mecanismos de comunicação, que permitiram novos processos de interação do utilizador da obra com o conteúdo desta, é que se fez sentir a necessidade de atribuir ao exclusivo individual um compreensão fundamental de cumprimento do seu dever social, especialmente em face do utilizador do mesmo.

Pondere-se que não se pode conceber o bem intelectual como uma mera expressão da individualidade do seu criador; mas sim compreender que o bem intelectual apresenta uma clara expressão comunicativa, permitindo interações diversas, que ao mesmo tempo concebem-se como enriquecedoras da informação, do conhecimento e da cultura.

Por conseguinte, nesta investigação busca-se encontrar uma posição equilibrada, reconhecendo o potencial valor de enriquecimento da informação, do conhecimento e da cultura dos utilizadores de bens intelectuais; mas, também afirmar a legitimidade do autor de exercer o seu exclusivo individual de exploração econômica temporário.

Óbvio está que tal tarefa para ter sucesso não depende tão-somente do discurso teórico e acadêmico; muito pelo contrário, fortalece-se imensamente pela participação da sociedade na discussão destes interesses que aparentemente apresentam-se conflitantes sem solução de harmonização.

Neste sentido, importa frisar a proposta de Tratado de Acesso ao Conhecimento⁴³³, apresentada por entidades que compõem a sociedade civil. Esta proposta foi por diversas vezes discutidas em simpósios, em seminários, congressos e mesas redondas, tendo sido

⁴³³ Para conhecer a iniciativa vd. o sítio oficial na internet da Access to Knowledge (A2K) <<http://www.a2kbrasil.org.br/wordpress/>>, bem como a página da Open Society Foundation <<http://www.opensocietyfoundations.org/about/programs/information-program>>. Note-se que o trabalho da A2K Brasil (Access to Knowledge ou Acesso à Cultura) trata-se dum projeto do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio), em parceria com o Open Society Institute. Esta entidade civil, assumiu a função de fomentar o debate democrático sobre a tutela aos bens intelectuais, com vistas à produção dum modelo que garanta efetividade na proteção dos direitos de autor e o acesso ao conhecimento público.

estabelecido o princípio de que o exclusivo individual do autor não iria ser aplicado em casos especiais, previstos neste Tratado⁴³⁴.

Anote-se, ainda, os aspectos interessantes das exceções e limites ínsitos no exercício da tutela autoral pelo seu criador, especialmente no que concerne às decisões adotadas no seio da Organização Mundial do Comércio que fiscalizam a aplicação do Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio⁴³⁵; dado que em algumas hipóteses a previsão de tais exceções e limites de forma típica neste Acordo, pode não representar a satisfação dos interesses dos Estados em desenvolvimento; pois estabelecem-se na lógica de tutela mínima dos direitos atribuídos na Convenção de Berna⁴³⁶.

Recorde-se, todavia, que é preciso considerar se o ato final de utilização do destinatário, que representa a culminância da transmissão do conteúdo intelectual, através da informação, conhecimento e cultura absorvida por este sujeito, sem implicar em aquisição da tutela conferida ao autor, caracteriza-se como reservado ou não.

Claramente José de Oliveira Ascensão aponta que este ato final de utilização corresponde a um ato de uso privado que escapa ao controle pela tutela do direito de autor. Segundo o autor este uso compreende-se no que se determina como uso legítimo; embora, não se trate duma certeza de respeito ao mesmo, aquela utilização que escapa aos limites impostos pela lei, considerar-se-á abuso de direito⁴³⁷.

⁴³⁴ Como se pode ler no Art. 3.1 do Tratado de Acesso ao Conhecimento: «(a). Members agree that the exclusive economic rights of copyright holders (including but not limited to reproduction, distribution, display, performance, adaptation and communication to the public), shall not apply to: i. The use of relevant excerpts, selections, and quotations for purposes of explanation and illustration in connection with not-for-profit teaching and scholarship; ii. The use of relevant excerpts, selections and quotations for purposes of criticism and comment, including but not limited to parody; iii. The use of works, by educational institutions, as secondary readings by enrolled students; (...)» Trad. Livre: “(a) Os membros deste Tratado concordam que os direitos patrimoniais dos titulares das exclusivas autorais (que incluem, entre outros, os direitos à reprodução, à distribuição, à exposição, à execução pública, o desempenho, à adaptação e à comunicação ao público), não se aplicarão: i. O uso de excertos, de seleções, e de citações relevantes para os fins de descrição e ilustração em relação à educação sem fins lucrativos e ao trabalho académico; ii) O uso de excertos, de seleções e de citações relevantes para as finalidades de crítica e comentário, inclusive, entre outros, as de paródia; iii. O uso das obras, por instituições educacionais, como leituras secundárias por estudantes registrados; (...)» ACCESS TO KNOWLEDGE - A2K. Treaty on Access to Knowledge. Disponível em <http://www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf>.

⁴³⁵ ADPIC na sigla em português e TRIP's na sigla inglesa.

⁴³⁶ Cf. BARBOSA; Dênis Borges. **Counting Ten for TRIPs: Author Rights and Access to Information - A Cockroach's View of Encroachment**. In Social Science Research Netqorom (SSRN), 4 Novembro.2005. Disponível em : <<http://ssrn.com/abstract=842564> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.842564>>, consultado aos 29.10.2012.

⁴³⁷ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos de Autor e Conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público**. in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, A.58,n.3 (Dez.1998), p.1063-1079.

Ademais, registre-se que o exclusivo de exploração econômica temporário garantido ao autor, não pode, nesta mesma senda, pretender também incorporar no seu escopo, a garantia de controle sobre as interações culturais do utilizador com a obra. Assim, verificando-se tal pretensão, esta da mesma forma que o uso para além dos limites, consubstanciar-se-á em abuso de direito.

Portanto, nesta ordem de ideias, bem como da forma como se encontra construída a tutela concebida ao autor para explorar economicamente a sua atividade intelectual, não se pode atribuir à este titularidade sobre o exercício de direitos que se refiram ao mero controle da interação cultural das suas criações de espírito.

De mais a mais, aponte-se que a afirmação insistente sobre o exercício da individualidade do autor, em decorrência do exclusivo econômico à este garantido artificialmente pela lei, apenas responde à satisfação dos interesses individuais autorais. O que implica necessariamente em não assegurar o escopo cultural, bem como a contrapartida social gerada pelo exclusivo artificialmente atribuído pela lei, dado o estado natural da informação, que se concebe livre⁴³⁸.

Seguindo a mesma ordem de ideias de Karin Kuntz que com muita propriedade expõe como se enfrenta o discurso de legitimação do direito de autor, também esclarece que o estado natural de circulação da informação⁴³⁹ configura-se livre; muito em decorrência da sua capacidade de ubiquidade, ou seja de fazer-se presente ao mesmo tempo em diversos lugares⁴⁴⁰.

Frise-se ainda que se não fosse este exclusivo, previsto em lei, era impossível ao autor exercer o controle do aproveitamento econômico sobre a sua obra.

Deve-se, portanto compreender que esta artificialidade que se impõe legalmente sobre o estado natural do bem intelectual, traz à tona um reflexo que incide no surgimento dum custo

⁴³⁸ Cf. KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor.** in Liinc em Revista, v.7, n.2, p. 405-415, setembro, 2011, Rio de Janeiro.

⁴³⁹ Para Karin Kuntz a informação corresponde «a menor a menor unidade da obra». KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor.** in Liinc em Revista, v.7, n.2, p. 405-415, setembro, 2011, Rio de Janeiro, p. 408.

⁴⁴⁰ Reforce-se que este é o caráter próprio das novas tecnologias digitais acessíveis na modernidade, pois que abrem espaço para a ubiquidade, permitindo que a informação circule livre em todo o espaço num mesmo tempo. É assim que Rosilâna Aparecida Dias pondera: «Aliás, outro conceito do cenário altamente tecnológico do tempo presente relaciona-se à ubiquidade: estar em toda parte ao mesmo tempo; onipresente. Ou seja, a ubiquidade resulta da integração dos sistemas e informações que esses processam. Assim, os dispositivos móveis geram a mobilidade e estes, por sua vez, permitem a ubiquidade.» DIAS, Rosilâna Aparecida. **Tecnologias digitais e currículo: possibilidades na era da ubiquidade.** in Revista de Educação do COGEIME, Ano 19, n.º 36, p. 55-64, janeiro/junho 2010, p. 56.

social, bastante elevado. Ou seja, o bem que dantes circulava livremente após a criação do exclusivo individual do autor, que lhe confere autonomia temporária para controlar os modos de exploração econômica da sua atividade intelectual criativa, passa a estar aprisionada, com o fundamento do enriquecimento cultural da humanidade, pois este fomenta as expressões criativas.

Na verdade a consequência desta tutela artificial é socialmente custosa, pois modifica o ambiente natural, criando um ambiente legalmente posto e dissonante do concreto. Estabelece-se, nesta senda, uma realidade jurídica contrária à realidade fática da livre circulação do bem intelectual.

Por isso, afirmar-se que o discurso da legitimação do direito de autor, pelo menos tradicionalmente constitui e revela a necessidade de reconhecimento dum traço característico, individual, marcante da obra como uma expressão do engenho criativo dum cérebro humano em particular. O que evidentemente legitima a mudança do ambiente de liberdade para o de controle, dado que o *animus* do legislador encontra-se concebido sobre uma *ratio* de fomento cultural. Justificando-se assim o alto custo social que se deve sustentar para a manutenção do exclusivo econômico temporário do autor.

Todavia recorde-se que após o surgimento da escrita e da criação dos tipos móveis de Gutemberg, a revolução do meios de comunicação, também inaugura uma nova era que emerge sobre uma realidade que põe em causa a legitimação do discurso tradicional do direito de autor. Este novo ambiente de fato, concreto está agora ainda mais distante daquele imposto artificialmente pela lei.

A despeito do que já incansável e insistentemente discutiu-se, ainda é bastante embrionário para o conhecimento humano, compreender a imensidão das alterações no ambiente real e concreto no qual este bem circula.

Para já é dado ao conhecimento humano, ao menos compreender algumas possibilidades ofertadas pelo surgimento das novas ferramentas de construção, representação e armazenamento da informação ínsita no bem intelectual. Assim, é possível facilmente constatar-se que a utilização destas novas ferramentas rapidamente alteraram o ambiente de

circulação destes bens, rompendo barreiras na geografia do seu espaço, bem como do seu tempo⁴⁴¹.

Sem embargo, a típica fórmula utilizada para legitimar o discurso do aprisionamento do bem intelectual pelo direito de autor, não se recorda que o conteúdo do mesmo reside num elemento de comunicação da atividade intelectual criativa do autor. O que revela o descuido desta fórmula em compreender que a comunicação da obra intelectual é um pilar da estrutura do direito de autor, sendo tutelada pela lei como uma faculdade patrimonial.

De sorte que a própria concepção normativa de obra protegida pelo direito de autor pressupõe para além da mera relação entre o autor e o resultado expresso da sua criatividade, o elemento da comunicação. Note-se que a finalidade da tutela garantida à expressão criativa do autor não se pode resumir à um mero capricho deste; muito pelo contrário a proteção é conferida para que este possa fruir economicamente a sua obra, mediante os atos de comunicação destinados ao público.

Afirme-se, neste sentido, que o reconhecimento da comunicação como um elemento que deve necessariamente estar presente no discurso de legitimação do direito de autor, atribuindo-lhe, portanto valor jurídico, dar-se-á um grande salto normativo, reduzindo a distância entre a realidade fática, imposta pela revolução das tecnologias de informação e comunicação, e a realidade jurídica⁴⁴².

Convém, ainda, enfrentar que o valor comunicativo da obra, obviamente residirá também na perspectiva do público, uma vez que este é o utilizador da atividade intelectual criativa do autor. Daí que, não se pode fugir da ordem de ideias que determina a existência duma interação da obra com o seu utilizador, que ao interpretá-la, enriquecer-se-á culturalmente, afastando a mesma da individualidade do autor.

Obviamente que o problema do acesso à cultura, ao conhecimento científico e à educação, como já se pode verificar anteriormente está umbilicalmente ligado ao escopo da ação, da identidade e da liberdade.

⁴⁴¹ É assim que Kenski acentua este rompimento da «a narrativa contínua e seqüencial das imagens e textos escritos»- KENSKI, Vani Moreira. **Novas Tecnologias: o redimensionamento do espaço e do tempo e os impactos no trabalho docente**. Trabalho apresentado na XX Reunião Anual da Anped, Caxambu, set. 1997, p. 64.

⁴⁴² Karin Kuntz destaca que este argumento legitima o ato de distanciamento entre a sujeição da obra exteriorizada e a individualidade do autor. KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor**. in Liinc em Revista, v.7, n.2, p. 405-415, setembro, 2011, Rio de Janeiro, p. 408.

Assim, o fundamento para a aquisição do bem intelectual pelo utilizador, fulcra-se em geral, em três naturezas de interesses, são eles, cultural, científico ou educacional. Claro está que o sucesso no alcance de qualquer um deles depende diretamente da medida da comunicação dos bens que proporcionam a satisfação destes mesmos interesses; e, mais da vontade do autor destes bens de bloquear ou não o acesso franco aos mesmos.

De sorte que se constrói uma autêntica muralha entre os que se organizam com o fim de manter assegurados os seus direitos sobre a circulação destes bens, dado que se consideram os legítimos titulares de direitos pessoais e patrimoniais sobre a mesma, por um lado; e os que são afastados do acesso aos mesmos, pelo outro lado.

De passagem refira-se que transpor essa barreira, implica necessariamente em tentar harmonizar tais interesses que se colocam em lados opostos da muralha; na tentativa louvável de estabelecer-se uma interação benéfica entre os autores dos bens intelectuais e os utilizadores destes bens.

Neste sentido esta investigação questiona a respeito do acesso à estes bens intelectuais de ordem cultural, científica e educacional, considerarem-se um benefício, uma forma de liberdade; como aceitar a reserva de acesso aos mesmos? Não implicaria tal reserva numa mitigação à liberdade?⁴⁴³

Quanto a edificação da muralha, como dito, que impõe uma divisão entre categorias de sujeitos, conforme estes tenham ou não acesso à esta qualidade de bens, indaga-se se é possível daí identificar uma desigualdade institucionalizada pela lei e fulcrada no discurso legitimador do direito de autor.

Notadamente, verifica-se neste cenário divisor de fronteiras uma realidade social que a despeito da muralha existente, separando os sujeitos por uma determinada categoria de forças diversas; permite que entre estes mesmos sujeitos estabeleça-se um incontável número de relações.

Daí observe-se a importância desta fronteira, pois obriga estes sujeitos a negociarem, num clima de compartilhamento sobre o significado da barreira edificada entre os mesmos. Porém, mesmo não compreendendo tal significado, reconhecem a importância da mesma.

⁴⁴³ Para Amartya Sen a pobreza significa a privação de capacidades, ou seja, uma forma de não liberdade. Cf. SEN, Amartya. **The Political Economy of Targeting**, in VAN DE WALLE, Dominique & NEAD, Kimberly eds. *Public Spending and the Poor: Theory and Evidence*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995, p. 11-24.

Para Brubaker esta identidade que se constrói de modo relacional, encontra-se estruturada por quatro elementos. Um que estabelece a fronteira que separa um sujeito do outro, ou vários sujeitos de outros. Outro que determina um conjunto de relações ínsitas ao interior da fronteira. E, também aquele que estabelece um conjunto de relações através de tal fronteira. E por fim, o que compreende uma interpretação compartilhada da fronteira e das relações⁴⁴⁴.

É certo, portanto, constatar-se que a existência de tais categorias diversas, construída pela edificação da barreira, representam diferenças, mas não necessariamente desigualdades; dado que se estabelecem relações entre estes sujeitos desiguais.

Todavia quando estas categorias diversas de sujeitos estabelecem relações de desigualdades persistentes, gerando com frequência, vantagens para uns que se encontram dum lado da fronteira e desvantagens para os que estão do outro lado; surge assim para os titulares das vantagens a possibilidade de exploração e reserva da oportunidade sobre bens intelectuais, em contrapartida para os titulares das desvantagens, estes vêm a possibilidade de acesso à estes bens nos seus diversos escopos limitada.

Acentue-se que os criadores e os distribuidores de bens intelectuais nos seus diversos escopos, como é óbvio têm interesse em reservar o conhecimento e garantir a exploração econômica da utilização por terceiros destes mesmos bens. É assim, que ao estabelecerem uma identidade forte e cunhada na diversidade categoria entre os autores de bens intelectuais e os utilizadores dos mesmos, fatidigamente reconduz ao problema a resolver-se nesta investigação, que se preocupa em compreender o fenômeno de tamanha disparidade entre liberdades distintas. Melhor dizendo, como explicar que a liberdade de uns implica na retirada da liberdade de outros⁴⁴⁵.

Inclua-se à este problema os argumentos levantados pelos sujeitos que se encontram frontalmente ligados mas que convivem realidades inteiramente distintas, já que uns são titulares de bens intelectuais e os outros não. Ou seja, os autores de bens intelectuais para justificarem a manutenção da sua liberdade em reservar o acesso a estes bens, como também a exploração da sua utilização, argumentam retoricamente que são carentes de incentivos para produzir e disseminar a sua atividade intelectual criativa nos seus diversos escopos. Mas, em

⁴⁴⁴ BRUBAKER, Rogers. **Ethnicity without Groups**. in ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth S. & ORLOFF, Ann Shola (eds.), *Remaking Modernist, Politics, History, and Sociology*. Durham, North Carolina, Duke University Press, 2005, p. 470-492.

⁴⁴⁵ Cf. TILLY, Charles. **O acesso desigual ao conhecimento científico**. trad. Alexandre Massella. in *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 2, pp. 47-63.

contrapartida, os utilizadores dos bens intelectuais, para justificarem a manutenção da sua liberdade de acesso a estes bens, sustentam que sem a mesma impossível será disseminar cultura, conhecimento e educação.

Mister, portanto, assinalar que o exclusivo de exploração econômica garantido ao autor não pode ser compreendido de modo estático, satisfazendo-se com a simples literal interpretação da lei. Imprescindível demonstra-se a leitura deste com os princípios constitucionais de acesso a cultura, a educação e ao conhecimento científico, expressos no inciso XIV do art.5.º e art. 225 da Carta Magna brasileira⁴⁴⁶.

A necessidade da leitura das normas ordinárias conforme a constituição vem sendo uma frequente nos sistemas jurídicos nacionais, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro. Note-se, que no espaço jurídico brasileiro a construção do modelo do Direito Civil, foi estruturado sob uma lógica estritamente de proteção dos interesses individuais, de natureza essencialmente privada. Admitindo-se assim a compreensão da propriedade como um direito absoluto, pois sede da liberdade individual do sujeito determinada pela autonomia da vontade que imperava como determinante no direito patrimonial.

Entretanto, esta dimensão estática da autonomia da vontade foi substituída por uma dinâmica construída em tempos de crise, instituindo-se uma dimensão funcional do Direito Civil. Nesta investigação esta observação demonstra-se necessária, na medida em que a tutela autoral surge das normas de cunho civil e, também ela hoje, vê-se imersa nesta nova dimensão funcional do direito.

Ademais, registre-se que a valorização da dimensão funcional do direito, compreende um conjunto de transformações, que inicialmente são concebidas como uma socialização ou mesmo publicização do direito privado que fundamente de sobremaneira uma alteração radical nos institutos privados fundamentais⁴⁴⁷.

Por conseguinte a introdução desta nova realidade dinâmica do direito, contribuiu de modo a que as fronteiras construídas, sejam esbatidas, permitindo assim uma interpenetração das normas de carácter público no direito privado. Estabelece-se assim uma crítica ao exercício

⁴⁴⁶ Neste sentido vd. CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97.

⁴⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Constitucionalização do Direito e o Direito Civil**. in TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 257.

individual e absoluto de faculdades garantidas em lei; o novo mandamento determina a construção do sistema jurídico sob o manto da socialidade⁴⁴⁸.

Destaque-se que se identifica uma base normativa constitucional para conformar-se esta nova dimensão funcional que se encontra sustentada nas liberdades. O que importa em afirmar sobre a viabilidade de manter-se no ordenamento jurídico brasileiro a categoria de função social. Frise-se ainda que esta viabilidade desponta-se atinente provavelmente em decorrência da deficiência de efetividade normativa, ou da alteração do modelo de Estado, ou mesmo da inexistência de fundamentação.

Por conseguinte, apresenta-se verdadeiramente necessário a leitura da tutela autoral em conformidade com os novos mandamentos do texto constitucional. Aliás trata-se duma determinação inabalável de que em virtude do princípio da constitucionalidade todas as normas do direito de autor obrigam-se a respeitar o comando normativo maior.

Por isso, na modernidade é frequente o discurso daqueles que defendem que a norma constitucional passou ao núcleo central das relações de ordem privada, consubstanciando-se assim, num instrumento unificador do ordenamento civil⁴⁴⁹.

Nesta ordem de ideias a inevitável constitucionalização do direito privado, não representa tão somente um deslocamento da norma; mas também, um processo que implica em transformações substanciais que dizem respeito à melhor forma de se compreender os conceitos e os institutos jurídicos deste ramo do direito.

Este processo de transformação no ordenamento jurídico brasileiro foi muito profundo, dado as características próprias e inovadora da norma constitucional estabelecida em 1988⁴⁵⁰. Assim é que cabe ao direito de autor em particular o dever de cumprimento da sua função

⁴⁴⁸ O autor mais radical desta doutrina de funcionalização do direito é Duguit que chega mesmo a negar o conceito de direito subjetivo, asseverando inclusive que a expressão do direito não passa dum mero conjunto de funções garantidas aos indivíduos no cumprimento das regras que asseguram a solidariedade social. Cf. DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**. Paris: Felix Alcan, 1912, p. 29. Note ainda que para o autor a compreensão é de a liberdade trata-se dum dever concebido a favor da sociedade, melhor da sua coesão, mantendo-se os laços de solidariedade. Portanto para Duguit a liberdade individual necessariamente implica numa liberdade para cumprir o dever social do sujeito. Cf. DUGUIT, Leon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1911, p. 13

⁴⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 75.

⁴⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 83-84.

social prevista constitucionalmente, garantindo assim a sociedade um maior acesso aos bens intelectuais, encerre ele um conteúdo cultural, científico ou educacional⁴⁵¹.

Observe-se que deste dever de conformar a tutela autoral com a máxima constitucional, desponta-se com maior firmeza quando a garantia do exclusivo de exploração econômica do autor é obrigada a ser exercida em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais⁴⁵².

Certo é, portanto, que a análise do direito de autor não pode reconduzir-se à uma mera concessão de direitos de exclusivo ao autor, sem a devida preocupação quanto à conformação com o texto constitucional. Perceba-se que para além desta conformação, deve-se conceber uma tutela autoral adequada à realidade presente; ou seja, sem perder de vista a necessidade de funcionalizar esse exclusivo. Entende-se pois a funcionalização do exclusivo como um meio legítimo e efetivo para ampliar o acesso aos bens intelectuais, seja ele de escopo cultural, científico ou educativo⁴⁵³.

Na verdade, convém precisar de modo claro que o sistema constitucional encontra-se inteiramente preparado para recepcionar um entendimento moderno e aberto sobre o direito de autor, que se consubstancia como um sistema global. Refira-se, na senda de Dietz que este sistema global de direito de autor, é constituído por quatro subsistemas, a saber, o direito de autor material e dos respectivos limites, o direito contratual do autor, o direito das entidades de gestão e os direitos conexos⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ É assim que Carboni também defende. CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Jurua, 2006. p. 97.

⁴⁵² Aliás este é o sentido do art. 205 da Carta Magna brasileira que determina ser a educação, um direito de todos e um dever do Estado e da família. E também do art. 215 do diploma constitucional ao prescrever que ao Estado incumbe garantir o acesso a cultura. Verbis: «Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.» e «Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso as fontes da cultura nacional, e apoiara e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.» BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

⁴⁵³ Sobre esta necessidade, Jorge Reis explica que o fundamento individualista do direito de autor, destacou as suas faculdades pessoais e patrimoniais que devem adequar-se à nova realidade social e jurídica do Brasil; uma vez que se exige a conformação de todos os institutos jurídicos, com a função social do direito de autor, por forma a atender aos direitos fundamentais da sociedade de acesso à informação cultural, educacional e científica, aumentando exponencialmente o número de obras que se encontram disponíveis para o acesso. REIS, Jorge Renato dos. **O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social**. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga; MORAES, Rodrigo. (Coord.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 159.

⁴⁵⁴ DIETZ, Adolf. **El derecho de autor en España y Portugal**. Estudio de Derecho comparado, realizado por encargo de la Comisión de las Comunidades Europeas. Trad.: Ramón Eugenio López Sáez. Colección Analisis y Documentos, n.º 1. Madri: Técnica, 1992.

Para Canotilho é preciso compreender num primeiro momento o que se pretende enfrentar com a problemática da liberdade e exclusivo na Constituição. O autor argumenta que para tanto é necessário que se fixe a ideia de que se tratam de diversas liberdades e de inúmeros exclusivos. Num segundo momento o constitucionalista português afirma que o problema reside na transposição dos planos de liberdade. E num terceiro momento informa que a problemática diz respeito ao objeto concreto da liberdade e do exclusivo⁴⁵⁵.

O autor destaca nesta senda que se no início está a liberdade de criação intelectual, artística e científica, passa-se logo a seguir para a liberdade de utilização da obra literária, artística e científica. E complementa afirmando que esta seria «a intriga de todas as intrigas»; ou seja, a de se construir um regime de restrições ou limites ao direito de autor em liberdade⁴⁵⁶.

É preciso ter-se em mente nesta investigação de que ambas as liberdades fixadas constitucionalmente configuram-se como direitos fundamentais, um de natureza privada e outro de natureza pública⁴⁵⁷.

Deflui-se, da interação destas liberdades de escopos diversos, mas ambas de natureza constitucional, a necessidade de ponderar os interesses envolvidos nestas liberdades; ou seja o interesse do autor e o interesse da sociedade. Tudo isso para fundamentar o propósito das utilizações livres, melhor dizendo do espaço livre para uso privado.

Porquanto, na hipótese da identificação de conflitos dos interesses que interagem neste mesmo espaço livre para uso privado, cuja análise mais profunda será realizada na seção seguinte, mister encontrar soluções que viabilizem os métodos de ponderação admitidos em direito⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 219-221.

⁴⁵⁶ CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 220. O autor frisa com precisão que: «Se tivermos de estreitar o horizonte da nossa comunicação, a delimitação dos conteúdos da intervenção passará certamente por aqui articula os direitos de autor e os direitos conexos com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos (interesse na liberdade de circulação de circulação de obras literárias e artísticas, interesse na publicidade de aquisições científicas)». CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 220.

⁴⁵⁷ Canotilho neste sentido aponta que «muitas das ‘restrições’ aos direitos de autor em prol de outros direitos, bens ou interesses juridicamente protegidos, significam na nossa perspectiva, restrições a direitos fundamentais e não restrições a direitos subjectivos desprovidos de positividade e fundamentalidade constitucional.» CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 223.

⁴⁵⁸ Observe-se, que para Robert Alexy, ao teorizar sobre os métodos de ponderação, aponta para a necessária definição de princípios como um «mandado de otimização», ou uma ordem de maximização. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

Com efeito, a relação destes interesses diversos no espaço livre para uso privado, fundamenta-se na interação entre direitos fundamentais que coexistem num mesmo espaço. Observe-se, na senda de Konrad Hesse, que os direitos fundamentais podem ser compreendidos sob dois pontos de vistas, um material e outro formal⁴⁵⁹.

Vislumbrando-se materialmente os direitos fundamentais, clarifique-se que os mesmos destinam-se a criar e a manter os pressupostos da liberdade e dignidade humana. Já formalmente os direitos fundamentais compreendem-se como todos aqueles que assim foram positivados pela norma⁴⁶⁰.

Portanto, conclui-se nesta seção, que a existência do espaço livre para uso privado não se pressupõe como uma mera restrição de natureza de direito econômico, social e cultural; mas sim, uma restrição agressiva, como entende Canotilho, com característica de direito fundamental, representando por isso uma restrição imposta por direitos, liberdades e garantias⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Cf. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁴⁶⁰ Vd. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

⁴⁶¹ CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 223.

2.3 A defesa de uma posição equilibrada entre os interesses conflitantes

Nesta seção convém desde logo acentuar como já concluído anteriormente que a investigação neste ponto deve compreender que no mesmo espaço para uso privado coabitam dois interesses com natureza de direitos fundamentais; quais sejam, o interesse do autor em ver garantido o direito ao exclusivo temporário de exploração econômica e, o interesse do utilizador em ter acesso ao bem intelectual de conteúdo cultural, científico e educacional.

Porquanto, salientando-se que nesta investigação reconhece-se a grande dificuldade de se delimitar a noção de direito fundamental; mas, no entanto, a despeito da árdua tarefa, irá esta investigação partir da compreensão do direito fundamental utilizando uma definição que agrega subsídios para o alcance dos resultados ora pretendidos.

Daí, resolveu-se adotar uma delimitação mais geral dos direitos fundamentais, importando assim em reconhecer que estes são considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁶². Assim, é que tenciona esta investigação apresentar uma solução que conforme a interação destes dois interesses aparentemente conflitantes, sempre com o propósito de conferir importância à dignidade da pessoa humana.

Refira-se, ainda, que os modos de proteção destes direitos fundamentais, no texto constitucional brasileiro utiliza a lógica do princípio da proporcionalidade. Princípio este incorporado esparsamente ao longo do texto constitucional brasileiro⁴⁶³, cujos fundamentos encontram-se expressos no binômio meio/fim, como o fim de controle dos excessos, por forma a que os direitos fundamentais alcance todos os sujeitos de direitos e deveres⁴⁶⁴.

⁴⁶² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.^a ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. Especialmente, vd. p.110 da obra.

⁴⁶³ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010. Bonavides questiona-se sobre o que se entende por proporcionalidade, bem como qual a sua real importância no direito contemporâneo, especialmente em virtude dos recentes progressos doutrinários.

⁴⁶⁴ Reforce-se que ao interpretar a coexistência destes dois interesses no mesmo espaço livre para uso privado, convém também adotar a sistemática de interpretação adota por Eros Grau, para quem: «A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.» GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 40.

De sorte, que nesta seção, tenciona a presente investigação, analisar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica de ponderação dos interesses ora discutidos, ambos de natureza fundamental⁴⁶⁵.

Todavia, na problemática lançada por esta investigação já se detectou a existência de direitos fundamentais opostos que convivem num mesmo espaço; isto implica em ponderar que se trata de uma contradição aparente entre os mesmos. E dado a impossibilidade de sobreposição de um direito fundamental sobre o outro, tenciona-se utilizar como método de ponderação o princípio constitucional da proporcionalidade como já referido em linhas acima⁴⁶⁶.

Note-se que esta técnica de ponderação⁴⁶⁷ leva em consideração que os direitos fundamentais não se consubstanciam como absolutos e ilimitados, admitindo-se assim a existência de limites entre direitos fundamentais expressos no texto constitucional⁴⁶⁸. É assim, que Canotilho, quanto ao direito de autor, justifica a aplicação do princípio da proporcionalidade e da igualdade, especialmente no que diz respeito às restrições aplicadas ao mesmo, uma vez que estas implicam no dever de obediência aos «princípios constitucionais restritivos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias»⁴⁶⁹.

Na verdade, a previsão de limites entre os diversos interesses envolvidos, toca de perto a discussão em sede de concretização da função social; pois que não se trata apenas da fixação de um único mecanismo de concretização, mas de diversos. É assim que as limitações

⁴⁶⁵ Observe-se, no entanto, que esta investigação não se preocupará em analisar a tese de Bachof para quem é possível haver normas constitucionais inconstitucionais, pois este toma como pressuposto a existência de um direito supralegal e a hierarquia entre as normas constitucionais. BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

⁴⁶⁶ Paulo Branco ao comentar sobre a cláusula de reserva de amizade e não prejudicialidade informa que a mesma oper-se-ia partindo duma ponderação de princípios constitucionais, para excluir certas situações do âmbito de proteção da norma constitucional. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.191.

⁴⁶⁷ Oportuno é registrar, que o princípio da proporcionalidade adota juízos comparativos de ponderação dos interesses no caso em concreto, sendo este o método utilizado para a solução da tensão existente entre direitos fundamentais num mesmo espaço livre. Aliás, frise-se que diversas são as críticas levantadas pela doutrina sobre a utilização deste método de ponderação, na medida em que se identifica no seu conteúdo insegurança jurídica, para a manutenção do desejado equilíbrio entre os direitos fundamentais.

⁴⁶⁸ É assim que entende Gilmar Mendes ao lembrar que: «Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em conflito com eventual restrição a esse direito». MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.212.

⁴⁶⁹ CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 224.

impostas ao direito de autor, unicamente, não se prestam à concretização da função social do direito de autor.

As razões para tal entendimento, partem de que tais limitações, são informadas, em especial na legislação autoral brasileira, exaustiva e negativamente; ou seja, encetando, para uns um direito subjetivo e, impondo para outros um dever positivo⁴⁷⁰.

Sem embargo, inafastável é a decisão por ampliar o rol destas limitações, o que necessariamente passa por requerer uma vinculação maior do direito de autor com a principiologia constitucional⁴⁷¹. Nesse particular o texto maior brasileiro é a mola propulsora para o destaque da dignidade da pessoa humana, através da concretização da liberdade de expressão, do direito à informação, à cultura e à educação.

Por isso, é que se apresenta a Carta Magna brasileira, como um mecanismo de coesão necessária ao ordenamento jurídico; ou seja, consubstancia-se como a fonte de validade de todas as normas. Aliás, é neste sentido, que o texto constitucional brasileiro destaca a plena realização da dignidade da pessoa humana, vinculando-a, assim, ao desenvolvimento integral do homem⁴⁷².

De sorte que, incontestavelmente a discussão sobre a concretização do desenvolvimento integral e pleno da pessoa humana, necessário para a consagração da dignidades humana, passa pelo acesso aos bens intelectuais, tutelados pelo direito de autor, que propiciam informação, educação e cultura⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Como já entendeu Luiz Gonzaga Adolfo, enfatizando o que já se havia consagrado em matéria de direito de propriedade. ADOLFO, Luiz Gonzaga. **Obras Privadas Benefícios Coletivos**. A dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação. Porto Alegre: SafE (Sérgio Antonio Fabris Editor), 2008, p. 312.

⁴⁷¹ Ademais, utilizando a fórmula clássica de Kelsen, entende-se que o ordenamento jurídico consubstancia-se num sistema hierárquico de normas. Ou seja, segundo Kelsen para aferir-se a validade duma norma, mister identificar o fundamento desta validade numa norma superior. Ou seja, o mesmo que afirmar o dever de todas as normas encontrarem a sua validade numa mesma norma de caráter fundamental. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. 2. ed. Tradução José Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁷² Cf. RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos Humanos: fundamentación**. Madri: Tecnos, 1997, p. 154.

⁴⁷³ Destacando, esse conflito informa Bueno, que o direito de autor, em tempos de Sociedade da Informação que multiplica as modalidades de acesso aos bens intelectuais, pode seguir três caminhos: «a) referendar a figura mesquinha, elitista e conservadora do copyright tradicional; b) dar vazão à pirataria e ao caos pelo incentivo à afornta ao direito de autor; c) avançar para a busca da convergência entre a proteção do autor e a democratização do conhecimento». BUENO, Wilson da Costa. **A armadilhado Copyright e a “República dos Doutores”**. in MELO, José Marque de; TARSITANO, Paulo Rogério: GOBBI, Maria Cristina: SATHLER, Luciano (Org.) Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos. São Bernardo do Campo: UESP, 2005, p. 210. O mesmo autor, com bstante propriedade, destaca o conflito surgido pós revolução das tecnologias de comunicação, entre as novas técnicas franqueadoras do acesso e os novos mecanismos jurídicos de proteção: «Na prática, há mesmo uma contradição entre o progresso tecnológico e o controle, implícito na figura do *copyright*. As tecnologias caminham no sentido de facilitar a reprodução (DVD, MP3, software livre, etc),

É nesta perspectiva, que os argumentos desta seção da investigação, pretende apoiar-se e percorrer; ou seja, com vistas ao encontro numa posição equilibrada entre a proteção dos titulares de direitos de autor e do interesse da sociedade, por forma a harmonizar os interesses diversos que coexistem no mesmo espaço livre para uso privado e, ainda concretizando o desenvolvimento pleno integral humano⁴⁷⁴.

Em boa medida, esta análise põe em pauta a discussão sobre a necessidade de adequação da tutela autoral aos novos mecanismos tecnológicos de reprodução dos bens intelectuais. Obviamente, que esta problemática ainda continua na ordem do dia, enfatizando a busca pela melhor adaptação da legislação autoral às transformações geradas pela sociedade da informação.

Por isso é que o desafio da harmonização dos sistemas jurídicos de proteção dos bens intelectuais, em face da revolução dos mecanismos de reprodução e circulação das obras autorais, apresenta-se como um problema a ser enfrentado a nível internacional. Na verdade, a colocação da obra à disposição do público na *world wide web*, dá-se de modo globalizado, apontando grandes fissuras nos sistemas nacionais de proteção do direito de autor⁴⁷⁵.

Neste contexto digital, de multiplicação dos novos mecanismos tecnológicos de reprodução e circulação, apresenta-se urgente a criação dum regime legal supranacional adequado à circulação globalizada das obras protegidas pelo direito de autor⁴⁷⁶.

Obviamente, que esta tarefa implica num esforço de harmonização internacional e de comprometimento dos diversos sistemas jurídicos, para a previsão duma tutela jurídica

enquanto os defensores do *copyright* buscam apoio legal para sufocar a circulação. Cada usuário é hoje, potencialmente, um infrator e o processo copiar e colar na internet definirá, efetivamente, um novo modelo para a autoria e a comercialização de bens. Ao mesmo tempo, a expansão das duplicadoras pessoais (cada vez mais sofisticadas e mais baratas) torna inviável controlar a reprodução das obras impressas. O *copyright* tradicional está condenado. Os que os postulam e buscam os tribunais para fazer valer os contratos firmados deveriam arregaçar as mangas e buscar outra saída. A velha fórmula caducou de vez.» BUENO, Wilson da Costa. **A armadilhado Copyright e a “República dos Doutores”**. op. cit., p. 212.

⁴⁷⁴ A necessidade de harmonização destes interesses, já era destacada, por Carlos Bittar que assinalou refletir o direito de autor o mesmo «posicionamento de outros direitos privados, que têm sofrido o influxo do interesse coletivo, o qual, paulatinamente, vem traçando balizas ao espírito essencialmente liberal que o estruturou e o extratificou em norma» BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor e Interesse Público nos Países em Desenvolvimento**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, USP, v. LXXX, p. 125-126, jan/dez. 1985.

⁴⁷⁵ Vd. LEHMAN, Bruce A. **Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights**. Information Infrastructure Task Force. Working Group on Intellectual Property Rights. United States. Setembro, 1995, p. 2. Disponível em <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>>, Consultado aos 02.10.2013.

⁴⁷⁶ GINSBURG, Jane C. **Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions**. Revue Internationale du Droit d'Auteur, January 2001. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=253867>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.253867>>, acesso aos 14.12.2013.

adequada à sociedade da informação. Ademais, qualquer previsão legal deve considerar os diversos interesses jurídicos que circundam o bem intelectual; ou seja, os interesses de fruição cultural dos utilizadores, sem violação da reserva da sua privacidade, bem como, os interesses dos titulares de direito de autor, sem violação do seu exclusivo de exploração econômica⁴⁷⁷.

Registre-se, ainda que os interesses de desenvolvimento intelectual, divulgação do conhecimento, liberdade de informação⁴⁷⁸ e liberdade de expressão, tanto do autor como dos utilizadores das obras protegidas pelo direito de autor, devem alcançar na construção deste sistema legal supranacional, um patamar sem precedentes de adaptação, harmonização e conciliação; já que, muitos destes interesses representam a concretização de direitos fundamentais⁴⁷⁹.

Sem embargo entende esta pesquisa que o tratamento conferido a estes direitos fundamentais, configura-se imprecindível para a segurança duma exegese⁴⁸⁰ que garanta o equilíbrio entre os diversos interesses que coexistem no mesmo espaço livre para uso privado; ou seja

⁴⁷⁷ Cf. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. Direito da Sociedade de Informação, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Separata do Volume VII, Coimbra Editora, 2008, p. 331. E, ainda como defende Martin Senftleben, a respeito do incentivo às novas criações, já que também o autor, é um potencial utilizador de obras, tuteladas pelo direito de autor. SENFTLEBEN, Martin. **Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law**. Information Law Series, Kluwer Law International, 2004, p. 41.

⁴⁷⁸ Lucas e Lucas sobre a liberdade de expressão, informam que esta pode ser levantada a título de proteção da vida privada, fundamentando assim as exceções / limitações em face do uso privado. Mais ainda, os autores sustentam que essa utilização é justificada pelo direito do público à informação, que se encontra previsto no art. 10.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 2.^a ed. Paris: Litec, 2001, p. 255. Note-se que esta investigação não se preocupa somente, com o que se denomina de limitações intrínsecas, vai mais além, procura compreender se o direito de autor, especialmente a exarcebação das faculdades patrimoniais, não viola ou entra em conflito com o direito de informação, também este um direito fundamental; ou seja, se o exercício do exclusivo autoral, essencialmente patrimonial não impede o acesso à informação. Dietz, neste sentido, chega mesmo a vincular as limitações ao exclusivo autoral ao interesse coletivo pela informação. Acrescenta o autor, que estes interesses estão condicionados pelas exigências da vida espiritual, sobretudo em consideração à necessidade de informação da sociedade moderna. DIETZ, Adolf. **El derecho de autor en España y Portugal**. Estudio de Derecho comparado, realizado por encargo de la Comisión de las Comunidades Europeas. Trad.: Ramón Eugenio López Sáez. Colección Analisis y Documentos, n.º 1. Madri: Técnica, 1992, p. 133.

⁴⁷⁹ Sobre o tema vd. HUGENHOLTZ, P. Brent; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright**. Final Report, 06.03.2008. Disponível em <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/limitations_exceptions_copyright.pdf>, Consultado aos 02.10.2013, p. 31; e, ainda PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 538.

⁴⁸⁰ Note-se, também, que irá contribuir com esta tarefa exegética a ideia de efetividade, enquanto a mesma categoria de princípio instrumental; uma vez que concretamente o que se cuida no caso trata-se do cumprimento da efetiva realização do direito. Melhor explicando, pretende-se alcançar a efetividade tanto do dever-ser normativo e como do ser da realidade social. Por isso é que a importância prática deste princípio instrumental para a finalidade desta pesquisa reside no compromisso que deve o intérprete assumir com a efetividade dos valores constitucionais. De sorte que, assim funda-se a razão pela qual entre interpretações alternativas possíveis deve-se privilegiar aquela que alcance a efetiva vontade do constituinte, por fora a concretizar os valores constitucionais.

harmonizar o interesse do autor em exercer o exclusivo de exploração econômica sobre a sua obra e o interesse do utilizador de fruição cultural, de informação científica e educacional⁴⁸¹.

Observe-se ainda, por forma a facilitar esta tarefa de interpretação, a importância da noção da dignidade da pessoa humana, como já destacado, que muito provavelmente, reflete o maior dos conceitos jurídicos abstratos do ordenamento jurídico, razão pela qual apenas o caso concreto pode definir o seu alcance e expressão.

Ressalte-se que mesmo levando em consideração o alto caráter subjetivo, a noção mais elementar deste princípio guarda referências ao respeito pelo ser humano apenas pelo simples fato de ser humano, razão pela qual se fala também numa proteção. Identificar, portanto, este princípio como um instrumento de interpretação⁴⁸², significa ter tal atributo humano como circunstância teleológica de toda e qualquer criação da norma jurídica⁴⁸³.

Afinal, devido à carga valorativa inserta na Constituição brasileira, que tem uma pluralidade de concepções, mormente dizer, típicas dum Estado Democrático de Direito, é certo que normalmente haja uma tensão permanente entre alguns princípios. Daí a importância deste atributo humano como princípio vetor da criação normativa⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. in: Luis Roberto Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.57.

⁴⁸² Uma das principais mudanças ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição do caráter normativo aos princípios jurídicos. Superando-se, portanto, o pensamento puramente positivista que compreendia um caráter puramente interpretativo aos princípios, a doutrina indica, então, que os princípios passam a ser concebidos como normas jurídicas plenas, equiparando-se às regras. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 2009. Em especial p. 175. Como exemplo da realidade da normatização dos princípios pode-se citar a própria Constituição Federal, outrora concebida como documento essencialmente político, que passa agora a ser concebida como norma jurídica plena, razão pela qual os princípios nela inseridos, antes considerados meros vértices de valoração política, passaram a ter sua concretização reconhecida pelo judiciário, elevando desta forma a ideia de dignidade da pessoa humana a um instituto de aplicabilidade direta e imediata, apenas para citar um dos princípios que fundamentam os argumentos desenvolvidos nesta pesquisa. Desta forma, como consequência da opção do constituinte, outra não poderia ser a opção metodológica para o argumento desenvolvido nesta pesquisa, sob pena de esvaziar-se por completo toda a hipótese elaborada em face da escassez e pobreza da lei ordinária quanto ao tema. Nesse sentido, oportuna é a lição da doutrina de Sarmento, para quem «(...) no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupa com a promoção da justiça substantiva.» SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 72.

⁴⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁸⁴ Essencial, pois, que se compreenda em que se funda a exegese aqui proposta, como fruto de uma argumentação principiológica, reflexo de uma superação da lógica puramente positivista a fim de que se alcance uma compreensão acerca do ordenamento jurídico que privilegia o justo e não o meramente legal. Afinal outra não é a vontade do legislador constituinte ao determinar nos termos do art. 3.º, I, da Carta Magna brasileira como um dos objetivos da República, a «(...) construção de uma sociedade livre e justa(...)» De acordo com a doutrina

Nestes termos, por exemplo, é possível compreender como a noção sobre o exclusivo do autor para explorar economicamente a sua atividade intelectual, não afasta a utilização da obra por terceiros, com o fim de acesso à informação cultural, científica e educacional. Extrapola, pois, a mera exegese literal da lei de modo a permitir uma compreensão mais ampla, sobre a harmonização destes interesses⁴⁸⁵.

Por seu turno, verifique-se, numa acepção meramente literal⁴⁸⁶, que todo o argumento ora proposto sequer passaria por qualquer tipo de evolução, uma vez que não seria possível cogitar da harmonização destes interesses, posto que opostos, inferindo-se que o exercício de um encerra o exercício do outro⁴⁸⁷. No entanto, a partir duma argumentação fundada no tratamento igualitário e proporcional, esta tencionada harmonização poderá ser encontrada, mesmo quando tais interesses coexistam no mesmo espaço livre para uso privado⁴⁸⁸.

, a argumentação jurídica extrai seus fundamentos da necessidade de obediência às regras do discurso racional, de onde o intérprete não raro depara-se com situações de difícil resolução, o que leva a várias possibilidades de interpretações possíveis. BARROSO, Luis Roberto. **Novos paradigmas da Interpretação constitucional. Leituras complementares de direito constitucional**. Ed. JusPodivm, Salvador, 2009.

⁴⁸⁵ Neste sentido de amplitude da norma Alexy aponta que: «A primeira característica consiste no fato de a norma fundamental ter necessariamente de ser pressuposta para que se possa falar em validade jurídica ou dever jurídico. Já ficou claro, na discussão sobre o conceito de norma fundamental, que essa tese deve ser aceita na medida em que uma norma fundamental qualquer tem de ser pressuposta para que se possa passar da constatação de que algo é estabelecido e eficaz à constatação de que algo é juridicamente válido ou devido. No entanto, na discussão sobre a possibilidade e o conteúdo da norma fundamental, mostrou-se que essa norma fundamental, embora contenha elementos da norma fundamental kelseniana deve ser complementada por elementos não positivistas.» ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. trad. Gecélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 129.

⁴⁸⁶ Registre-se, deste modo, uma vez que o argumento ora suscitado fundamenta-se em princípios, mister se faz que sejam estabelecidos desde já alguns destes princípios que funcionam como premissas metodológicas que antecedem e amparam a construção do argumento desta pesquisa. Destaque-se, assim, que tais princípios orientam a exegese do intérprete e são concebidos como instrumentos da compreensão e não em seu sentido de conteúdo ou estrutura enquanto normas jurídicas plenas. Observe-se, ainda, nesta ordem de ideias, que em regra os textos constitucionais contêm um sistema aberto de princípios e regras que vão orientar todo um sistema. Jorge Miranda por forma a fundamentar a existência da unidade constitucional, que busca superar praticamente as antinomias, explícitas de forma meramente aparente entre os dispositivos constitucionais afirma que: «A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa.» MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. tomo 2. Coimbra: Coimbra ed., 1983, p. 128.

⁴⁸⁷ Assim é que Ronald Dworkin, informa: «Já não fica tão claro que o senso comum ou o realismo justifique a objeção segundo a qual num caso difícil não pode haver uma resposta correta, mas apenas uma série de resposta aceitáveis. O argumento prático em favor desta afirmação é equivocado. O argumento teórico é contestado pelas aptidões daqueles que o articulam, e não pode nem mesmo ser enunciado sem que suas afirmações se desintegram no mesmo fundamento que pretende contestar. Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra simplesmente errada.» DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 446.

⁴⁸⁸ Para fins do caso concreto ora enfrentado nesta pesquisa, a utilização de uma argumentação principiológica mostra-se como única forma de tentar compreender todo o contexto atual que possibilita relações sociais cada vez mais complexas, exigindo do intérprete posturas cada vez menos dependentes da lei positivada para que se

Nesta pesquisa, claramente verifica-se dois interesses aparentemente opostos e de mesma gradação constitucional, pois que tanto o exclusivo do autor para explorar economicamente a sua atividade intelectual, como a utilização da obra por terceiros, com o fim de acesso à informação cultural, científica e educacional, configuram-se em direitos fundamentais⁴⁸⁹.

Apresenta-se ainda a doutrina que utiliza como parâmetro de definição do âmbito de proteção do direito fundamental a verificação do exercício deste direito, segundo a sua função social⁴⁹⁰.

Por conseguinte, enquanto o direito fundamental⁴⁹¹ exercer a sua função social, estará inserto

alcançe situações em que o intérprete não se comporta como mero reproduzidor da lei, mas sim como um agente de função ativa, a construir o sentido da norma. Despiciendo aqui traçar em minúcias acerca da diferença entre regras e princípios, sob pena de afastamento absoluto do tema pesquisado. Resta, portanto uma indicação sucinta e superficial das principais informações ditadas pela doutrina aptas a diferenciar estes dois institutos. Dito isso, observe-se desde já que no sistema normativo as normas são gênero, do qual os princípios e as regras são espécies. De uma forma geral os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. Em outras palavras, mas alcançando idêntico teor posiciona-se a doutrina que: «Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto (...) ocorrendo a hipótese descrita no seu relato a regra deve incidir pelo mecanismo tradicional da subsunção. Princípios a seu turno, contém relatos com maior grau de abstração, não especificando a conduta a ser seguida, aplicando-se a um conjunto amplo por vezes indeterminado de situações.» BARROSO, Luis Roberto. **Novos paradigmas da Interpretação constitucional. Leituras complementares de direito constitucional**. Ed. JusPodivm, Salvador, 2009, p. 353. De sorte que, presente duas regras que aparentemente incidem sobre uma determinada hipótese fática, contrariando-se, está-se diante da chamada antinomia. Esta antinomia pode ser resolvida pelos três critérios clássicos apontados por Bobbio e aceitos quase universalmente, ou seja, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Unb, 1996.

⁴⁸⁹ Por isso, nesta hipótese de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do “tudo ou nada” como ensina Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 642. Já no caso de colisão de princípios constitucionais, porém, não se trata de antinomia, uma vez que não se pode tão somente afastar a aplicação de um deles. Pois do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, isto é, todas as normas têm igual dignidade. E isto decorre do princípio da unidade da Constituição que tem como impossível a existência de normas constitucionais antagônicas. De sorte que, não há que se falar em aplicação destes critérios para solucionar possíveis colisões de princípios constitucionais. Assim, por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, concebe-se a ordem jurídica como um sistema equilibrado e harmônico; o que de fato leva o intérprete sempre à procura de harmonia entre a valoração de determinada regra e dum princípio constitucional. Trata-se, na verdade, de assegurar a segurança jurídica do próprio sistema jurídico, que fora construído sob uma estrutura hierárquica normativa, ocupando a Constituição o ápice da pirâmide valorativa. Vd. sobre o tema BARROSO, Luis Roberto. **Novos paradigmas da Interpretação constitucional. Leituras complementares de direito constitucional**. Ed. JusPodivm, Salvador, 2009, especialmente na p. 373.

⁴⁹⁰ Canotilho, partindo da possibilidade de classificação dos direitos fundamentais segundo a função por eles exercidas no ordenamento jurídico organizou uma classificação descrevendo, tais direitos fundamentais, como direitos de defesa, direitos a prestação e direitos de participação; apresentando inclusive uma subdivisão da categoria “direitos a prestações” em direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Destacam-se os primeiros como aqueles de natureza prestacional, portanto diretamente compreensíveis a partir da norma constitucional; ou seja, independentes da atuação do legislador para a definição do seu conteúdo. Já os segundos, consubstanciam-se naqueles em que se asseguram aos cidadãos uma participação igual nas prestações segundo as capacidades existentes, de modo que restaria garantido o nível de concretização das prestações constitucionalmente previstas na Constituição pelos poderes públicos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., reimpr., Coimbra: Almedina, 1999, p. 383 e ss.

⁴⁹¹ Assim, compreendendo, na senda do que já fora em linhas acima explanado, ser inevitável a constatação da não existência de hierarquia entre os princípios constitucionais ou entre direitos fundamentais, como resolver o conflito entre os mesmos? Oportuno, faz-se agora, antes de apresentar uma solução para a inquietação levantada acima, ponderar que a colisão entre princípios constitucionais ou entre direitos fundamentais não toma como esteio o campo de validade dos mesmos; mas, sim a dimensão do peso de cada um no estabelecimento de limites

no âmbito de sua proteção; contrariamente fora do exercício da sua função social o direito fundamental estará fugindo do seu âmbito de proteção⁴⁹².

Em boa medida, a aplicação de princípios em diversos graus, levando-se em consideração as especificidades dos casos concretos, firma-se como adequada. Ou seja, é preponderante sopesar os interesses do autor e do utilizador da obra intelectual em causa, por forma a ser fixado qual o princípio que deve prevalecer sobre o outro que se apresenta como oposto. Na verdade, trata-se de aplicar critérios delimitadores de justiça prática⁴⁹³.

para o exercício de tais direitos identicamente tutelados pela norma constitucional. Registre-se que a interpretação ao não levar em consideração o âmbito de validade dos princípios constitucionais ou dos direitos fundamentais, implica em não doutrinar sobre as formas de afastamento e/ou desprezo dum em favor doutro. Muito pelo contrário, fomentar-se-á o desenvolvimento de boas técnicas de ponderação, de modo a verificar a possibilidade, em alguns momentos, quer expressa ou implicitamente pela lei, de sobrepor-se um princípio constitucional ou direito fundamental sobre o outro. Note-se que esta técnica fulcra-se na análise de precedências, no caso em concreto, almejando-se, assim, a concordância prática de ambos os interesses em jogo, tudo isso num clima da mais alta harmonia e equilíbrio. Ressalte-se que o princípio da concordância prática configura-se como aquele que, perante hipóteses de conflito ou concorrência, estabelece que se atribui ao intérprete a tarefa de identificar uma função útil a cada um dos direitos em confronto, sem que para isso seja necessário a supressão dum direito para a aplicação doutro. Importando assim, na previsão de cedência recíproca, de ambos os indivíduos titulares de direitos opostos, com o fim de alcançar-se uma convivência pacífica e harmônica destes direitos num mesmo espaço. Vd. sobre o tema ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

⁴⁹² Assim é que além das funções de defesa, participação e prestação, previstas por Canotilho, Peter Häberle acrescenta ao estudo dos direitos fundamentais a denominada função social como um elemento essencial para o direito e especialmente para os direitos fundamentais. HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11-14.

⁴⁹³ Todavia, inúmeras são as correntes doutrinárias que tencionam alcançar este objetivo, mas nesta pesquisa serão destacadas apenas as mais importantes. Aliás, neste mesmo sentido aponta Alexy, para quem analisar uma teoria jurídica acerca dos direitos fundamentais implica em estudar inúmeras possibilidades. Assim, destaca o autor que diversas foram as teorias elaboradas sobre o tema, que assumiram caráter distintos, como históricos, quando esclarecem o desenvolvimento dos direitos fundamentais; filosóficos, que cuidaram de aclarar os fundamentos destes direitos; e, ainda, decorrentes da sociologia jurídica, dado que verificam a função social dos direitos fundamentais. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Theory der Grundrechte.) 5.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31. Como é exemplo a teoria liberal, que defende a proteção do indivíduo frente ao Estado, estipulando, portanto, que os direitos fundamentais, devem abranger esta mesma proteção. Esta teoria liberal, denominada também de teoria do Estado burguês de direito, informa a natureza personalista dos direitos fundamentais frente ao Estado, posto que encarados como liberdades sociais ou individuais. De acordo com Paulo Cunha pretendia-se assegurar o desenvolvimento livre da personalidade do indivíduo, posto que nesta época fora reconhecida a previsão de garantias individuais apartadas da influência do Estado. Vd. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**. Tomo II. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Ed. Editorial Verbo: Lisboa, 2000. Observe-se que no Brasil, Estado burguês alcançou o seu ápice, após a queda do Estado Liberal-oligárquico, característico da Velha República, assumindo corpo como um intervencionismo econômico e social autoritário. Assim, naturalmente o equilíbrio dos polos em questão fora alcançado, pois não houve exacerbação da oposição entre a limitação de valores individuais em face das determinações de caráter objetivo pela supervalorização dos primeiros. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989, p. 8. Já, conforme a teoria dos valores, os direitos fundamentais encontram-se destinados à realização, ou seja, à concretização dos valores protegidos constitucionalmente. Sobre a teoria dos valores vd. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Por conseguinte, no conflito entre os direitos fundamentais⁴⁹⁴ em apreço na presente investigação, tem-se que maior será o espaço de liberdade do utilizador do bem intelectual, quanto menor for o número de restrições impostas pela lei, de modo a conformar uma maior proteção ao direito de exclusivo do autor⁴⁹⁵.

Neste mesmo sentido é o que preconiza o princípio da reserva legal proporcional, plenamente aplicável para a resolução de conflitos que envolvam direitos fundamentais⁴⁹⁶. Acentue-se que este princípio, fora construído pela conjugação do princípio da reserva legal, que estabelece

⁴⁹⁴ Pondere-se, também sobre a reserva da amizade e da não prejudicialidade, na aplicação dos direitos fundamentais, sempre que a mesma for atacada. Assim, por forma a corrigir o equívoco na aplicação do direito fundamental essa cláusula operar-se-ia mediante a ponderação dos princípios constitucionais, de modo a ressaltar determinadas hipóteses do âmbito de proteção do texto constitucional. Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.191. Outrossim, registre-se que árdua é a tarefa de fixação do âmbito de atuação dos direitos fundamentais, dado que tais direitos podem apresentar-se de inúmeras formas, como já afirmado em linhas acima, comportando um conteúdo aberto. Por isso, é que usualmente a definição do âmbito de proteção de determinado direito dependerá sempre duma interpretação sistemática, que conforme outros direitos, como também outras disposições constitucionais. Assim, com frequência a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é encontrada somente em hipótese de conflito com eventual restrição a esses direitos. Vd. MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.212. Obviamente que nem sempre a fixação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais residirá num grande esforço de exegese, como por exemplo, nos casos em que o ordenamento jurídico realiza esta tarefa de instituir direta e expressamente tal âmbito de proteção. Ou seja, quando ao legislador é imputada a obrigação de delimitar o conteúdo do direito regulado; denominando-se esta obrigação de âmbito de proteção estritamente normativo. Não restam dúvidas que nesta hipótese de âmbito de proteção normativo, *prima facie* eventuais conflitos de direitos fundamentais, não passam, duma mera aferição incorreta do âmbito de proteção. O que importa afirmar que se trata, na verdade, duma colisão aparente; uma vez que esta não ocorre, conformando-se apenas como uma avaliação incorreta que pode ser facilmente sanada pela fixação dos âmbitos de proteção de cada direito fundamental. No entanto, como já demonstrado acima, claramente é possível identificar casos de frontalidade entre direitos fundamentais diversos, constatando-se a colisão entre os mesmos; que não é ultrapassada, mesmo após a delimitação do âmbito de proteção de cada um dos direitos em jogo. Posto que um determinado direito fundamental interfere diretamente no âmbito de proteção doutro direito fundamental, que lhe é frontalmente oposto. Neste mesmo sentido Canotilho aponta que a tarefa do intérprete reside em delimitar-se o que ele denomina de «topografia do conflito», revelando-se, assim, a necessidade de esclarecer dois escopos importantes: «(...) se em que medida a área ou esfera de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à esfera de um outro direito também normativamente protegido; e, qual o espaço que resta aos dois bens conflitantes para além da zona de sobreposição». Concluindo o seu raciocínio o autor pondera que na necessária ponderação de bens ou valores constitucionais, imprescindível é lançar-se mão do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. A razão da aplicação deste método de ponderação, reside na possibilidade de identificar-se o desvalor de alguns interesses considerados dignos de proteção em conflito com outros. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., reimp., Coimbra: Almedina, 1999, p. 1111.

⁴⁹⁵ Aliás, similarmente afirma Alexy quando estabelece que «quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser a importância do cumprimento do outro». ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007., p. 15.

⁴⁹⁶ Afirmo Gilmar Mendes ao estudar a doutrina alemã que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso chega mesmo a determinar que a inconstitucionalidade duma lei venha a ser determinada pela violação a estes princípios, desde que de modo inequívoco seja possível constatar-se a existência de medidas menos lesivas. MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001.

restrições aos direitos por força de lei, com o princípio da proporcionalidade⁴⁹⁷, que objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos⁴⁹⁸.

A proporcionalidade, no sistema jurídico português, estudada como princípio em sentido amplo, denominada também como princípio da proibição de excesso, fora erigida à categoria de princípio constitucional, inclusive expresso no art. 18, 2 do texto constitucional português⁴⁹⁹. Pontue-se, nesta senda, Canotilho que este princípio da proibição de excesso fora concebido como «um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador»⁵⁰⁰.

Destaque-se assim, que o princípio⁵⁰¹ da proporcionalidade, eminentemente fruto das decisões da Corte Constitucional Alemã, fomentou a doutrina a apresentar três dimensões do mesmo⁵⁰². Assim, a proporcionalidade será observada desde que nas soluções apresentadas para os conflitos entre direitos fundamentais⁵⁰³, conforme-se as máximas⁵⁰⁴ parciais da, adequação;

⁴⁹⁷ Por isso, correntemente vem-se utilizando tanto na doutrina nacional brasileira, como na estrangeira, o critério da proporcionalidade, advindo do princípio constitucional com o mesmo nome. Mas, antes da necessária discussão sobre a solução a ser apresentada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade como técnica de ponderação eficaz; cumpre-se analisar o âmbito de proteção dos interesses em jogo. Na verdade, é de fácil constatação a natureza heterogênea dos direitos fundamentais, uma vez que, geralmente, o seu conteúdo é aberto e variável. Assim, a identificação deste conteúdo, somente é possível mediante a análise do caso em concreto, ou quando tais direitos encontram-se relacionados entre si, ou ainda com os demais valores protegidos constitucionalmente. O que importa asseverar que a colisão de direitos fundamentais advém desta dificuldade de identificar-se o conteúdo de abrangência de tais direitos, melhor dizendo quais os bens juridicamente tutelados pelos mesmos. Porquanto, a simples regra de subsunção do fato a norma, utilizada como técnica de interpretação não se apresenta suficientemente adequada para a solução de conflitos entre direitos desta natureza. Kelsen, Hans. *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in *La giustizia costituzionale*. trad. Carmelo Geraci, p. 229-291. Milano: Giuffrè Editore, 1981, p. 242. (original: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. In: *Die Justiz*. Cadernos 11-12, Tomo VI, pp.576-628).

⁴⁹⁸ Cf. STUMM, Raquel Denizee. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Livraria do Advogado, 1995, p. 81. E ainda observe-se o que leciona Virgílio Afonso da Silva, para quem «Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade». SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In *Revista dos Tribunais*, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

⁴⁹⁹ Este dispositivo constitucional português aponte que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

⁵⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 617.

⁵⁰¹ Curiosa a observação de para quem é imprescindível realizar-se uma distinção teórica, bem como terminológica sobre as expressões princípios e regras. Neste sentido o autor destaca com clareza que «Embora uma distinção precisa entre regras e princípios não faça parte do senso comum dos juristas, tem-se tornado cada vez mais aceita dentro da ciência do direito atual a necessidade de estabelecer um conceito técnico de princípio, sendo duas as teorias mais importantes sobre o tema na atual ciência jurídica: a concepção deontológica de Ronald Dworkin e a concepção axiológica de Robert Alexy.» COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 153.

⁵⁰² Cf. MARMESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 376.

⁵⁰³ De sorte que, numa eventual incerteza no que diz respeito à aplicação de direitos fundamentais em conflito aparente; deve-se tomar nota sobre qual o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em causa. Ou seja, esmiuçar o que tencionou realmente o legislador constituinte como bem juridicamente protegido pela norma de natureza fundamental. Por conseguinte, imperiosa é a identificação do bem tutelado pela norma de caráter

menor ingerência possível, também denominada de necessidade ou exigibilidade; e da proporcionalidade em sentido estrito⁵⁰⁵.

Tais critérios devem ser utilizados sempre que necessário para analisar a validade de determinada medida limitadora dum determinado direito fundamental⁵⁰⁶. Nesta investigação,

fundamental, bem como a definição dos limites instituídos pelo texto constitucional a estes direitos fundamentais, para melhor clarificar-se o seu âmbito de proteção. Daí o cuidado que o legislador da norma fundamental deve tomar nota; pois, de fácil ocorrência são as situações que venham a enganar o intérprete desta mesma norma. Assim, ocorre, por exemplo, quando se realiza uma interpretação meramente literal da norma fundamental; já que esta análise literal poderá levar a doutrina de modo geral a identificar uma solução apresentada que foge ao verdadeiro escopo de proteção deste direito. Anote-se que a existência de dúvidas sobre a aplicação dos direitos fundamentais em conflito aparente deve apresentar como primeiro rumo o deslinde sobre o âmbito de proteção do direito fundamental. Manoel Jorge Neto afirma que o texto constitucional retira de si mesmo, prescindindo, inclusive «de recursos a outros elementos para a sua legitimidade, a efetividade imprescindível à consecução de uma comunidade política estável e justa». NETO, Manoel Jorge e Silva. **Considerações sobre a interpretação constitucional**. in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 25, ano 6, out-dez, 1998, p. 183.

⁵⁰⁴ Observe-se, curiosamente que a despeito da doutrina ser unânime em afirmar a existência de três elementos combinados para a formação do princípio da proporcionalidade, diverge quanto a sua terminologia. Gilmar Mendes denomina-os de pressupostos ou requisitos. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB de Jurisprudência, 1.ª quinzena, dez/1994, n.º 23/94, pp. 475-469. Robert Alexy chama-os de máxima. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Theory der Grundrechte.) 5.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Canotilho utiliza a expressão, subprincípios constitutivos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 3ª edição, reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999, p. 264-265. No mais, anote-se importante discussão entre Alexy e Dworkin cuja a visão teórica sobre os princípios constitucionais, altera-se preponderantemente. Alexy destaca uma teoria axiológica, concebendo os princípios como mandados de otimização de valores. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Theory der Grundrechte.) 5.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Já Dworkin aponta para uma teoria deontológica, atribuindo aos princípios constitucionais uma concepção estritamente normativa. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵⁰⁵ Sem embargo, esclareça-se que o princípio da proporcionalidade não se configura como uma norma com dimensão de peso nem tão pouco como um mandamento de otimização; mas sim como um conjunto de três critérios, não tradicionais, que têm a finalidade de delimitar os requisitos objetivos de validade para a ação do Estado. Para Karl Larenz o princípio da proporcionalidade na sua acepção geral, ou seja mais aberta, importa na compreensão exigível duma relação adequada entre o meio utilizado, o fim que se pretende alcançar e o dano gerado. É assim que o autor precisamente pontua sobre os elementos obrigatórios, implícitos no princípio da proporcionalidade: «(...) em que requer ou exige apenas uma ‘relação adequada’ entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não ‘esteja sem relação com o risco’ que devia ser afastado (§ 228 do BGB), trata-se de um princípio ‘aberto’, porque nestes casos não é indispensável uma valoração adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da idéia de justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça». LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed., Tradução de José Lamago. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 684. Com base nesta concepção de proporcionalidade, fundada num conjunto de critérios que determinam a validade para o agir estatal, que Alexy rechaça a terminologia, princípio da proporcionalidade, utilizada comumente pela doutrina, preferindo a denominação máxima proporcionalidade. Este entendimento do autor fulcra-se na compreensão de que o princípio da proporcionalidade, assim intitulado pela jurisprudência alemã, não passa duma complexa regra, cujo conteúdo funda-se na conjugação de três menores regras. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Theory der Grundrechte.) 5.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵⁰⁶ Esta colisão ocorre pela característica heterogênea própria dos direitos fundamentais e ainda em virtude do caráter aberto e mutável do conteúdo de tais direitos. Assim, inúmeras são as situações em que necessário far-se-á recorrer à análise do caso em concreto para definir o âmbito de proteção de cada um dos direitos fundamentais opostos. Cumpre observar que existem colisões de direitos em sentido estrito e em sentido amplo. As colisões de sentido amplo originam-se do enfrentamento dum direito fundamental com outros valores protegidos constitucionalmente. Por outro lado as colisões de direitos em sentido estrito, podem ser destacadas como colisões entre idênticos ou diversos direitos fundamentais. No estudo da colisão entre direitos fundamentais

portanto, cumpre-se verificar se o limite imposto pela lei ao exclusivo do autor, de forma a garantir a utilização privada do bem intelectual, desde que num espaço livre, criado para este fim, pode ser compreendido como um limite válido. Lembrando-se sempre que o direito do indivíduo à utilização livre do bem intelectual desde que este uso configure-se como privado, também é definido no texto constitucional como uma garantia fundamental, conforme já exposto⁵⁰⁷.

Denote-se que a máxima parcial da adequação impõe que o meio escolhido, seja um meio apto a atingir o fim desejado⁵⁰⁸; na problemática em tela, deve-se concretamente investigar se o espaço livre para uso privado determinado na lei, consubstancia-se num espaço adequado

idênticos, especificam-se a: colisão de direitos fundamentais de defesa, quando dois indivíduos ou grupos reivindicam o mesmo direito de liberdade; colisão de direito fundamental de defesa com direito de proteção; colisão dos caracteres negativo e positivo dum mesmo direito; colisão entre o aspecto jurídico e o fático dum determinado direito. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controlo de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 78-79.

⁵⁰⁷ A despeito de diversas as espécies de colisões entre os direitos fundamentais, verifica-se sempre que os conflitos entre os direitos fundamentais são idênticos aos conflitos entre os princípios constitucionais. Oportuno, também é notar que as normas que disciplinam direitos fundamentais configuram-se como princípios, pois que assumem as mesmas características destes, claramente identificadas quando comparadas com as normas que enunciam regras. Saliente-se, neste condão, que não raras são as ocasiões em que um conflito aciona ao mesmo tempo, a incidência de dois direitos fundamentais colidentes, posto que apresentam soluções diversas para identificar-se o âmbito de atuação de cada um destes direitos. De sorte que, não se pode lançar mão, de simples critérios de subsunção do fato à norma, especialmente em decorrência do clima de tensão existente entre os direitos fundamentais que convivem num mesmo espaço jurídico. Por isso é que a solução de tamanho embate de categorias de direito hermenêuticamente idênticas, não cabe na mera análise de validade da norma, ou seja na hipótese em que uma norma é preterida em razão doutra. Porquanto os critérios clássicos de hierarquia, cronologia e especificidade não são adequados para a resolução de conflitos desta natureza. A utilização destes critérios hermenêuticos apresenta-se ineficaz, posto que o conflito entre direitos fundamentais, estabelece a oposição entre direitos, garantidos de forma idêntica, já que expressos no texto constitucional; atemporais, uma vez que não se superam pela evolução do tempo; e, genéricos, pois têm conteúdo abstrato, encontrando-se veiculados por princípios que evitam especificidade entre os mesmos. Acentue-se, como já referenciado em passagem acima nesta seção que a igualdade dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, decorre destes últimos consubstanciarem-se como mandados de otimização. Ou seja, uma vez que enunciam mandamentos para que um bem jurídico em especial venha a ser protegido na máxima medida admitida pelas circunstâncias fáticas e jurídicas insertas na hipótese em concreto. Como já afirmado acima no corpo do texto desta pesquisa, constata-se que o embate de direitos fundamentais, compreende-se como uma verdadeira colisão de princípios; por isso é que se exige do intérprete a utilização de processos outros, que não sejam os tradicionais, para a resolução eficaz do conflito. Assim é que Paulo Gonet Branco esclarece: «No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro». BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 182.

⁵⁰⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB de Jurisprudência, 1.ª quinzena, dez/1994, n.º 23/94, p. 475-469, p. 475. Vd. ainda Donald Kommers que relata a utilização deste critério ao descrever o Caso das Farmácias, apreciado pela Corte Constitucional alemã em 1958. Cf. KOMMERS, Donald. **The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press, 2a ed., 1997, p. 275-278.

para garantir o uso privado, tutelado constitucionalmente, também como um direito fundamental⁵⁰⁹.

De sorte que cumpre avaliar nesta investigação se o espaço livre para uso privado, como medida escolhida para limitar o exercício do exclusivo de exploração econômica do autor, revela a preservação dum valor mais importante do que a limitação imposta ao autor para explorar economicamente a sua atividade intelectual criativa⁵¹⁰.

Imperioso faz-se informar que as respostas a tais ponderações serão alcançadas ao longo do desenvolvimento das demais partes do presente estudo; por ora preocupa-se a presente investigação em defender ou não a possibilidade duma posição equilibrada entre os interesses fundamentais conflitantes.

Neste sentido e como já se vem delineando, passo a passo, nesta investigação, pode-se claramente concluir pela possibilidade duma convivência equilibrada e harmônica entre os interesses fundamentais opostos em causa⁵¹¹; permitindo-se assim a interação entre o direito

⁵⁰⁹ Quanto a máxima da necessidade ou exigibilidade da menor ingerência possível, esta revela a discussão se o meio empregado fora o mais suave, ou seja, entre os diversos meios existentes, fora escolhido aquele que impõem a menor gravidade, onerosidade possível; mas, desde que este meio menos gravoso, consubstancia-se naquele adequado para a tutela do direito fundamental em causa. Este critério também fora estudado por Donald Kommers, que mais uma vez vale-se da apreciação pela Corte Constitucional Alemã dos Casos das Farmácias. KOMMERS, Donald. **The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press, 2a ed., 1997, p. 280. Assim, é que se analisa na tensão entre o direito de exclusivo do autor e do utilizador, ambos incidentes sobre o mesmo bem intelectual, se o espaço livre para uso privado, estabelecido como limite do exclusivo do autor, configura-se naquele que gera o menor prejuízo para a normal exploração econômica da obra pelo autor, respeitando ainda a garantia do utilizador sobre o bem intelectual, adquirido, legitimamente, por este. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pondera se o benefício alcançado com a adoção da medida escolhida apresenta como finalidade a preservação de valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou. A máxima da proporcionalidade estrita também é denominada por ponderação e, num estudo aprofundado sobre esta técnica Jane Pereira, esclarece que: «(...) a ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer (...). A ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito (...). A grande virtude da ponderação consiste na transparência que esse método pode conferir ao processo de decisão». PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 506.

⁵¹⁰ Canotilho compreende o princípio da proporcionalidade em sentido estrito como princípio da «justa medida» e pondera: «Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. (...) Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.» CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª edição, reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999 Portugal, p. 264-265.

⁵¹¹ Paulo Bonavides esclarece que é notório o crescimento da utilização do princípio da proporcionalidade como técnica de ponderação, por forma a apresentar uma solução de equilíbrio, na existência de direitos fundamentais opostos. Mais, ainda, aponta o autor que este desenvolvimento é típico dum sistema de valores que em geral

de exclusivo do autor para a normal exploração econômica da sua obra intelectual e o direito do utilizador de ter acesso ao conhecimento, à cultura e à informação contido neste mesmo bem intelectual.

Assim é que o espaço para uso privado, pode ser entendido como o meio adequado para garantir o uso privado, apresentando-se este como o menos gravoso para o exercício do exclusivo de exploração econômica do autor, revestindo-se, ainda, esta medida de limitação naquela que melhor e adequadamente determina a tutela dum valor importante não só para o indivíduo, como utilizador da obra intelectual, como também para toda a coletividade, já que garante a todos o direito de acesso à informação, cultural, educacional e científica.

Ademais, este é o entendimento da moderna doutrina constitucional, já que ao verificar a existência de restrições a algum direito fundamental, discute-se não somente a possibilidade constitucional de tais restrições conforme o mandamento legal; como, também, a compatibilidade destas mesmas restrições com o princípio da proporcionalidade.

Destaque-se o papel da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵¹², a Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação⁵¹³ e o Relatório da Comissão

concebe a unidade normativa do texto constitucional. E, completa «(...) De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais. (...)» BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 362-365; 386-387.

⁵¹² A Declaração Universal dos Direitos do Homem fora adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e sobre a matéria determina «Artigo XXVII. 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor». ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

⁵¹³ A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, adotada tanto em 2003 em Genebra, como atualizada em 2005 na Tunísia, entende por fomentar o direito de acesso à informação e ao conhecimento na sua Declaração B3, refere: «24. The ability for all to access and contribute information, ideas and knowledge is essential in an inclusive Information Society. 25. The sharing and strengthening of global knowledge for development can be enhanced by removing barriers to equitable access to information for economic, social, political, health, cultural, educational, and scientific activities and by facilitating access to public domain information, including by universal design and the use of assistive technologies.». Ou seja: «24. A habilidade de todos para acessar e contribuir com informações, idéias e conhecimento é essencial em uma Sociedade da Informação inclusiva. 25. O compartilhamento e o fortalecimento do conhecimento global para o desenvolvimento podem ser aumentados por meio da remoção de barreiras ao acesso à informação para atividades econômicas, sociais, políticas, relativas à saúde, culturais, educacionais e científicas, e por meio da facilitação do acesso à informação de domínio público, inclusive pelo design e uso universais de tecnologias assistidas.» UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Declaration of Principles. Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium**. in Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, 10-12 de dezembro 2003, Genebra, Agência Especial das Nações Unidas em Tecnologias de Informação e Comunicação. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, disponível em <<http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html>>.

para Direitos da Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio⁵¹⁴, nesta tentativa de equilibrar as forças que se tencionam entre o direito de autor e o direito de acesso à informação.

Nesta investigação obviamente que para a concretização deste equilíbrio defendido constitucionalmente, mormente faz-se destacar a revolução provocada pelas novas tecnologias de comunicação, em especial, a *world wide web*. Sem dúvida, a «net», como mundialmente é denominada propiciou uma sensação nova de domínio público, que vai para além da fronteira tradicionalmente estabelecida pelos detentores do poder econômico.

Daí a resistência em aceitar-se esta nova intervenção nos modelos de negócios, que descentraliza, multiplica e desmaterializa a titularidade sobre o bem intelectual juridicamente protegido. Esta é a verdadeira razão para tamanha discussão, pois que a celeridade desta revolução foi não só desmesurada para as ciências jurídicas, como também para as econômicas que determinam a titularidade do capital de investimento.

Isto é trata-se dum novo modelo sócio econômico não somente sobre a titularidade de bens intelectuais, como também sobre os modos de produção desta qualidade de bem. Pressupõe, desta sorte a possibilidade de aquisição da emancipação individual, relativamente à consciência coletiva necessária para a superação da dependência social, econômica e política. Sem embargo, a verdadeira superação da condição de meros indivíduos enquanto utilizadores e criadores de bens, que lhes possibilite acesso à informação cultural, educacional e científica⁵¹⁵.

⁵¹⁴ O Relatório da Comissão para Direitos de Propriedade Intelectual, intitulado Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento, publicado em Londres, em setembro de 2002, afirma com precisão a necessidade do equilíbrio entre o exclusivo do autor e o acesso do público à informação, inclusive valendo-se do critério de ponderação do princípio da reserva legal proporcional ao estabelecer: «(...) o benefício para a sociedade está entre o incentivo oferecido aos criadores de obras artísticas e literárias e as restrições que isto impõe ao livre fluxo de obras protegidas.» E ainda continua, pontuando que o equilíbrio faz-se necessário, portanto: «(...) Um excesso de proteção pelo direito autoral, por outras formas de proteção da PI ou pela tecnologia, pode restringir o fluxo livre de idéias, do qual depende o avanço ulterior de idéias e tecnologia. Para os países em desenvolvimento, o acesso a baixo custo a obras essenciais para o desenvolvimento, tais como material educacional e científico, além de conhecimento técnico, pode ser afetado por normas de direito autoral indevidamente rígidas. COMISSÃO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento**. Relatório da Comissão para Direitos de Propriedade Intelectual. Londres: Setembro, 2003, Disponível em <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf>, acesso aos 15.11.2012.

⁵¹⁵ Assim é que a emancipação e autonomia do indivíduo destaca-se como um conjunto de forças e competências individuais; ou seja, sistemas naturais de ajuda que colaboram com a alteração de comportamentos individuais proativos, geradores duma profunda alteração social. Cf. RAPPAPORT, Julian. **Empowerment meets narrative: listening to stories and creating settings**. In American Journal of Community Psychology.

PARTE III - O PODER DE REPRODUÇÃO E A CÓPIA PARA USO PRIVADO DAS OBRAS INTELECTUAIS

O objetivo primeiro desta seção consiste em ponderar e refletir sobre a noção própria de reprodução, por forma a compreender qual a fundamentação da liberdade de reprodução. Ou seja, trata-se, concretamente de decifrar o fenômeno da repetição, melhor referindo da capacidade de criar uma cópia idêntica ao original.

Na verdade o fenômeno da repetição, que induz a reprodução não somente está interligado ao mundo do tangível, do plenamente tátil. Muito pelo contrário, o fazer humano, analisado como as ações da vida ativa do homem, impõe uma delimitação da essência da própria condição humana. Refira-se, que esta vida ativa humana constitui-se nas condições basilares do fazer, do trabalho e da ação. Aliás é desta forma que o homem interage natural, artificial e socialmente⁵¹⁶.

Porquanto a ação de repetir é intrínseca à natureza humana, com efeito interessa ao ciclo natural e biológico da vida, graficamente representado por ações circulares naturais, como, nascer, desenvolver e perecer. Correspondendo deste modo nas ações imprescindíveis para que a espécie humana conserve-se; preservando-se assim o gênero humano⁵¹⁷.

Note-se, ainda que se faz necessário compreender que a reificação⁵¹⁸ da ação humana, corresponde a um processo, típico das sociedades industriais, no qual o valor de tudo, identifica-se como econômico, ou seja, como valor de troca, já que tudo é encarado como

⁵¹⁶ Cf. ARENDET, Hannah. **A Condição Humana**. Trd. Roberto Raposo. 10.^a ed., 6.^a reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

⁵¹⁷ Brilhantemente Arendet aponta que: «No caso das obras de arte, a reificação é algo mais que mera transformação: é transfiguração, verdadeira metamorfose, como se o curso da natureza, que requer que tudo queime até virar cinzas, fosse invertido de modo que até as cinzas pudessem irromper em chamas. As obras de arte são frutos do pensamento, mas nem por isto deixam de ser coisas. O processo de pensar, em si, não é capaz de produzir e fabricar coisas tangíveis como livros, pinturas, esculturas ou partituras musicais, da mesma forma com o uso, em si, é incapaz de produzir e fabricar uma casa ou uma cadeira. Naturalmente, a reificação que ocorre quando se escreve algo, quando se pinta uma imagem ou se modela uma figura ou se compõe uma melodia tem a ver com o pensamento que a precede; mas o que realmente transforma o pensamento em realidade e fabrica as coisas do pensamento é o mesmo artesanato que, com a ajuda do instrumento primordial - mão do homem - constrói as coisas duráveis do artifício humano.» ARENDET, Hannah. **A Condição Humana**. Trd. Roberto Raposo. 10.^a ed., 6.^a reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 182.

⁵¹⁸ Para Timothy Bewes, reificação «refers to the moment that a process or relation is generalized into an abstraction, and thereby turned into a 'thing'». Trd. livre: «refere-se ao momento em que um processo ou relação é generalizada numa abstração, e, assim, transforma-se numa "coisa"». BEWES, Timothy. **Reification, or The Anxiety of Late Capitalism**. Londres: Verso, 2002, p. 3. A noção de reificação foi apresentada por George Lukács, em 1923, na sua obra «Reification and the Consciousness of the Proletariat». LUKÁCS, George. **Reification and the Consciousness of the Proletariat**. Trad. Andy Blunden. Londres: Merlin Press, 1967. Disponível em <<http://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc05.htm>>, acesso aos 24.11.2012. Sobre o tem vd. também NOBRE, Marcos. **Limites da reificação. Um estudo sobre História e consciência de classe, de Georg Lukács**. Dissertação de Mestrado, USP, mimeo, 1991.

mercadoria. De sorte que a validade do trabalho humano, surge não da qualidade concreta deste labor humano; mas, sim, do trabalho abstrato, isto é, aquele passível de ser transferido onerosamente a terceiros.

Observe-se, assim, que todo e qualquer stratus social consubstanciado neste valor de mercadoria, domina as necessidades do homem, determina o modus operandi social que através de mecanismos diversos produz, reproduz, perpetua e apresenta relações também entre este mercado.

Neste diapasão, ponderar sobre a noção de repetição e reprodução funda-se em estudar os modos do fazer, do trabalho e da ação humana em sua interioridade⁵¹⁹. Assim, compreender a evolução das tecnologias que corroboram para o desenvolvimento destes diversos modos do agir humano, implica mesmo em analisar a historicidade central dos novos mecanismos tecnológicos durante o curso da própria história da humanidade⁵²⁰.

Pois, de certo tais mecanismos influenciaram de sobremaneira os inúmeros modos do agir humano, que ao longo do tempo alteraram-se não só consoante a modificação do ambiente natural, como também pela substancial utilização que o homem realizava das novas tecnologias que lhe eram ofertadas⁵²¹.

Certo é que a introdução destas tecnologias em princípio refletiram, na verdade, hipóteses de privilégios experimentais, até a constatação da sua viabilidade econômica, bem como a geração de rentabilidade lucrativa. Porquanto, constantado-se tais vantagens para os modos de agir humano, as novas tecnologias de repetição, reprodução, são assumidas como colaborativas, para a circulação e troca de informação, cultural, educacional e científica.

⁵¹⁹ Alexandre Dias Pereira sobre o uso de termo reprodução, destaca que este apresenta uma noção básica encontrada tanto no direito de autor como nos direitos conexos. E, apontando para a noção do direito de autor nos países anglo-saxônicos, denominada de ‘copyright’, ou seja, direito de copiar, indaga-se: «Mas, copiar e reproduzir significam a mesma coisa?». Em resposta à sua própria dúvida, o autor escarnece que: «Linguisticamente, trata-se, com efeito, de sinónimos. Sinonímia essa que vale também no quadro do direito de autor.» PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 337.

⁵²⁰ Vd. LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligências: o futuro do pensamento na era informática**. trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed 34, 1993. 203 p. Para uma leitura da historicidade dos mecanismos tecnológicos, vd. LIMA, Gercina Ângela Borém de O.; PINTO, Lílíam Pacheco; e, LAIA, Marconi Martins de. Tecnologia da Informação: Impactos na Sociedade. in Revista Informação & Informação, v. 7, n. 2, p. 75- 94, Londrina, jul./dez. 2002. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1699>>, consulta aos 08.12.2012.

⁵²¹ Para uma compreensão mais apurada sobre a evolução da tutela autoral ao longo da história, vd. SOUZA, Alan Rochade. **Direitos Autorais: A História da Proteção Jurídica**. in Revista da Faculdade de Direito de Campos, p. 7-61, ano VI, n.º 7, Dezembro de 2005.

Note-se que comumente a doutrina vem entendendo a reprodução como aquela faculdade que consiste na fixação da obra intelectual por qualquer espécie de mecanismo que permita a comunicação indireta da obra ao público⁵²².

Como já discutido na primeira parte desta investigação o estudo da tutela do bem intelectual não leva em consideração a manutenção da aura do mesmo, pelos processos de reprodução. Assim, a proteção conferida pela lei desliga-se da realidade longínqua, que segundo Benjamin evoca um momento singelo e único, que de fato não validaria as técnicas de reprodução do bem intelectual; dado que impossível seria a repetição deste momento longínquo e único, esmaecendo, portanto, a aura do bem intelectual⁵²³.

A despeito das técnicas de reprodução, permitirem um resultado da cópia muito semelhante ou mesmo idêntico ao original, para o autor a obra despe-se de seu valor, pois perde o seu caráter de autenticidade. De sorte que na «era da reprodutibilidade» a aura da obra «murcha», pois assente no fenômeno de consumo de massa, que também gera uma revolução nas modalidades de aquisição de bens⁵²⁴.

Destaque-se, que hoje a noção da faculdade de reprodução passa pela compreensão de todo e qualquer modo de multiplicação duma obra original numa cópia; ou, mais ainda a fixação duma execução em qualquer suporte tangível, físico⁵²⁵.

Trata-se assim tal faculdade do direito dos autores, executantes e produtores de fonograma de autorizar ou proibir a cópia das suas obras intelectuais, ou ainda de qualquer outro material protegido. Esta tem sido uma tendência marcada já a longa data pelos instrumentos

⁵²² Aliás é este o entendimento de Claude Colombet ao comentar o dispositivo 122-3 da lei francesa de direito de autor. Colombet destaca inclusive que os processos de reprodução da obra intelectual, podem alcançar uma variedade infinita; mas destaca, que todos eles devem ao menos resguardar um ponto em comum, que diz respeito ao modo com a obra intelectual é comunicada ao público. Posto que na reprodução é obra comunicada ao público de forma indireta, enquanto na representação a obra é comunicada ao público de maneira direta, já que o público tem contato direto com o objeto de criação. Complementando, inclusive que o direito de reprodução essencialmente levanta três questões que afetam, o modo de reprodução, o objeto reproduzido, e a destinação da reprodução. COLOMBET, Claude. **Propriété littéraire et artistique et droits voisins**. 7.^a ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 140 e ss.

⁵²³ BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 9.

⁵²⁴ «Poderia caracterizar-se a técnica de reprodução dizendo que liberta o objecto reproduzido do domínio da tradição. Ao multiplicar o reproduzido, coloca no lugar de ocorrência única a ocorrência em massa. Na medida em que permite à reprodução ir ao encontro de quem apreende, actualiza o reproduzido em cada uma das suas situações. Ambos os processos provocam um profundo abalo do reproduzido, um abalo da tradição que é o reverso da crise actual e a renovação da humanidade.» BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p.7.

⁵²⁵ Esta é aliás a noção apresentada por Giorgior Jarach. JARACH, Giorgior. **Manuale del Diritto D'Autore**. Milão: Mursia, 1991, p.58.

internacionais em matéria de proteção dos direitos de autor; antes, mesmo dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 1996⁵²⁶.

Como é o caso da Convenção de Berna⁵²⁷, da Convenção de Roma⁵²⁸, da Convenção de Genebra⁵²⁹ e do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio⁵³⁰, que incorporou todos os requisitos de proteção do direito de reprodução, previstos na Convenção de Berna⁵³¹.

Ressalte-se, entretanto que a grande conquista dos Tratados OMPI de Direitos de Autor, adotados em 1996, fora o reconhecimento do grande alcance do direito de reprodução, especialmente no que diz respeito à sua aplicação para as obras e fonogramas no ambiente digital.

Tanto o Tratado OMPI sobre Direitos de Autor, como o Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas reestabeleceram as exigências anteriormente adotadas ainda pela Convenção de Berna. Mas, cuidaram de adequar a faculdade de reprodução para a nova realidade dos mecanismos de reprodução em massa, principalmente para os mecanismos digitais de reprodução.

Assim, tais tratados reconheceram a legitimidade da reprodução dum original numa cópia, por qualquer modo ou forma de mecanismo de reprodução. Ressaltando-se, ainda, que ambos os instrumentos de proteção internacional garantiram clara e explicitamente tanto os modos

⁵²⁶ O objetivo destes Tratados fora o de reforçar o papel da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de tutora dos direitos intelectuais no cenário internacional. Assim, esta Organização em 1996 adota dois tratados, a saber o Tratado OMPI sobre Direitos de Autor, adotado em Genebra em 20.12.1996; e, o Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, adotado na mesma data, também em Genebra.

⁵²⁷ O Ato de Berna fora completado em Paris a 04.05.1896, revisto pelo Ato de Berlim em 13.11.1908, completado em Berna a 20.03.1914 e, revisto novamente pelos Atos de Roma a 02.06.1928, de Bruxelas a 26.06.1948, de Estocolmo em 14.07.1967 e, por fim pelo Ato de Paris em 24.07.1971, tendo este Ato sido emendado pela última vez em 28.09.1979.

⁵²⁸ A Convenção de Roma é de 1989, denominada também de Convenção Internacional para a Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, fora atualizada pelo Tratado OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, adotado em Genebra em 20.12.1996.

⁵²⁹ A Convenção de Genebra, adota em Genebra em 09.10.1971 é a Convenção para a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas.

⁵³⁰ Também denominado Acordo TRIP's, na sigla em inglês e ADPIC, na sigla em português, fora adotado em 1984 no seio da Organização Mundial de Comércio, e ficou conhecido como Acordo Berna Plus, uma vez que inseriu novas obras no escopo da tutela autoral, como por exemplo a proteção dos Programas de Computador e das Bases de Dados.

⁵³¹ É assim a disposição referida pelo o art. 9º, da Convenção de Berna, que estabelece:«(...) 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução das suas obras, de qualquer maneira e sob qualquer forma.»

diretos como os indiretos de reproduções, conforme já dantes fora previsto na Convenção de Roma⁵³².

Frise-se que o escopo do direito de reprodução fora clarificado numa declaração consensual⁵³³, aprovada por unanimidade nas negociações destes Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Por conseguinte, a declaração acordada confirma que o direito de reprodução aplica-se plenamente ao ambiente digital, em especial para a utilização de fonogramas em formato digital⁵³⁴. E ainda delimitou o entendimento de que o armazenamento dum fonograma protegido na forma digital num suporte eletrónico qualquer constitui uma reprodução⁵³⁵.

Ademais, o propósito desta seção reside em desmistificar a faculdade de reprodução em face do uso privado das obras intelectuais; ou melhor, deslindar se o espaço de liberdade garantido ao utilizador, pela lei, para o exercício do uso privado, viola esta faculdade, garantida ao autor, também por comando legal. Por conseguinte cabe nesta investigação indagar-se sobre a garantia desta liberdade permitida mediante um feixe introduzido pela lei na faculdade de reprodução, não põe em causa o exclusivo do autor, garantido pelo texto constitucional, para explorar economicamente a sua criação intelectual.

Óbvio está, que se trata a pretensão desta terceira parte do estudo duma tarefa bastante árdua, dado que implica em delimitar os contornos não só da noção da faculdade de reprodução;

⁵³² Esta Convenção Internacional para a Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, em seu dispositivo 3.º, aponta que se entende por reprodução «a realização da cópia ou de várias cópias de uma fixação», compreendendo assim a faculdade de impedir a reprodução sem o consentimento dos artistas, intérpretes ou executantes da fixação das suas interpretações e/ou execuções. Observe-se que esta mesma proteção fora estendida no dispositivo 10 desta Convenção para os produtores de fonogramas, garantindo-lhes assim o direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas; bem como, no seu dispositivo 13 que também faculta aos organismos de radiodifusão idêntica faculdade de autorizar ou impedir a reprodução das fixações das suas emissões.

⁵³³ Tais Declarações concertadas foram tomadas no seio da Conferência Diplomática que adotou os Tratados OMPI em Genebra, no ano de 1996. Estas declarações dizem respeito a certas disposições do Tratado OMPI sobre Direitos de Autor e do Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas.

⁵³⁴ Trata-se da Declaração concertada de n.º 14 do Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, a respeito dos artigos 7, 11 e 16, que findam por referir que o direito de reprodução, segundo o que se encontra disciplinado nos arts. 7 e 11, bem como de acordo com as limitações permitidas em virtude dos mesmos e do art. 16, aplicam-se plenamente ao formato digital. Idêntica declaração – declaração de n.º 2 - fora adotada pelo Tratado OMPI sobre Direitos de Autor, dispondo que «O direito de reprodução, tal como previsto no artigo 9º da Convenção de Berna, e as exceções previstas nessa, são plenamente aplicáveis no ambiente digital, em especial para a utilização de obras em formato digital. Entende-se que o armazenamento de uma obra protegida em formato digital em um meio eletrónico constitui uma reprodução, na acepção do artigo 9º da Convenção de Berna.»

⁵³⁵ A mesma Declaração concertada de n.º 14 Tratado OMPI sobre a Interpretação ou Execução de Fonogramas, entendeu que o armazenamento duma interpretação ou execução protegida ou dum fonograma em formato digital ou em meio eletrónico constitui uma reprodução no sentido dos artigos 7, 11 e 16.

como também, compreender exatamente quais os limites que se devem estabelecer geograficamente para a convivência harmônica desta duas garantias, expressas na lei.

Em boa medida, na segunda parte da presente investigação, fundamentou-se de modo bastante cuidadoso a possibilidade da convivência harmônica do exclusivo de exploração econômica do autor em face da liberdade para uso privado do utilizador, num mesmo espaço livre para uso privado, leia-se também reprodução de idêntica natureza.

Portanto, o que ora se intenta alcançar é a possibilidade de concretizar-se esta convivência harmônica, mediante a interpretação do texto constitucional, bem como da legislação especial infraconstitucional que cuida da matéria. Acrescente-se que, de forma inteligente a própria Convenção de Berna, entregou esta tarefa de concretização aos legisladores nacionais; facilitando assim a incorporação da sua normativa legal de parâmetros mínimos a uma infinidade de sistemas jurídicos, com características próprias.

Na verdade a noção da faculdade de reprodução apresentada pelos diversos instrumentos legais internacionais e ainda nacionais apontam todas para uma interpretação, que não leva em consideração o meio utilizado para a concretização da ação de reprodução; ou seja, deixa em aberto a oportunidade de escolha sobre o mecanismo tecnológico utilizado para a realização da cópia.

Esta tendência de não tipificação do mecanismo tecnológico utilizado para a reprodução, deixa antever que no conteúdo da faculdade de reprodução, o elemento tecnologia encontra-se despido de valoração jurídica. De sorte que, não pode o mesmo constituir-se num obstáculo à cópia para uso privado, fundamentando-se, assim, a negativa na simples escolha deste meio tecnológico⁵³⁶.

A consequência lógica desta não tipificação dos meios tecnológicos admitidos pela lei para a realização da cópia, no escopo normativo de espaço livre para uso privado, determina que a

⁵³⁶ Por exemplo, é o que se infere da norma autoral brasileira, Lei 9.610/98, que na redação do inciso VI, do art. 5, estabelece a noção de reprodução, como «a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica, ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.» Neste mesmo sentido o Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal que no n.º 2, do art. 68.º, define a noção de reprodução como uma garantia atribuída ao autor para « i) A reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte;». E, ainda no n.º 2, do art. 75.º do mesmo diploma legal português que estabelece a possibilidade de reprodução por qualquer meio da obra intelectual sem prévia autorização do seu criador, desde que não ultrapassado os limites para uso privado, estabelecidos em lei. De forma mais tímida, também o Código de Propriedade Intelectual de França, determina uma liberdade de escolha nos meios de reprodução, pois que prescreve em seu art. L.122-3 que a faculdade de reprodução compreende a fixação material da obra com o objetivo de comunicar indiretamente ao público.

compreensão sobre a noção de reprodução, implica na multiplicação de exemplares da obra intelectual, em qualquer suporte tangível ou intangível.

Nesta linha de ideias a compreensão de reprodução deve admitir a hipótese de dois núcleos de reprodução, um mais restrito que faz distinção entre a fixação como elemento técnico necessário à reprodução, entendendo desta forma que há um quadro de valoração jurídica diferenciado entre reprodução e fixação; e, outro mais aberto que admite a inclusão da fixação como um requisito jurídico para a reprodução.

Nesta investigação partir-se-á da compreensão de que a fixação não se consubstancia como um elemento de concessão da tutela autoral, posto que como já demonstrado a reprodução pode-se dar em qualquer suporte seja físico ou digital; e, ainda, devido ao fato de que a tutela autoral nasce desde a criação da obra intelectual⁵³⁷. Procura-se assim, esclarecer que a fixação compreende de regra geral um mero requisito tecnológico, não lhe sendo, possível, deste modo, atribuir valoração jurídica a este requisito.

É certo que mesmo imprescindível para a reprodução num corpo intangível, a fixação, apenas deve ser compreendida como um requisito de viabilidade técnica necessário, transitório, passageiro; como, é o caso das reproduções de arquivos utilizando apenas mecanismos de visualização através da internet.

Assim, cumpre questionar sobre a possibilidade de valorar-se juridicamente a fixação com um requisito de proteção inserto no conteúdo da faculdade de reprodução, especialmente em face das obras intelectuais que circulam em suporte intangível; por exemplo, das obras que circulam em linha pela *world wide web*⁵³⁸.

⁵³⁷ Bastante lúcidas são as ponderações de Oliveira Ascensão, para quem: «Com a criação, surge o direito do autor. E o autor tem o direito pessoal de dar a conhecer ou não a sua obra. É uma derivação básica da tutela da personalidade. Ninguém é obrigado a tornar públicos os versos que escreveu quando estava com febre. Ainda que sejam geniais. Nem necessita de se justificar: está no seu inteiro alvedrio publicar ou não, ou divulgar qualquer forma. Assim, ao pintor que não aprecie o próprio quadro é lícito destruí-lo, e ao compositor manter a sua sonata em segredo.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. op. cit., p. 170. Neste mesmo sentido fora o que decidiu o Tribunal de Justiça Comunidade Andina: «La normativa sobre derechos de autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual, aunque ésta se mantenga inédita; la existencia de la obra es el presupuesto de la existencia del derecho y el sujeto que se beneficia de esta tutela legal es el autor de la creación intelectual.» Ou seja: «A legislação sobre direitos de autor tem como objeto a proteção do bem intelectual, mesmo que se mantenha inédito; a existência da obra é o pressuposto de existência do direito e o sujeito que se beneficia desta tutela legal é o criador intelectual.» Tribunal de Justiça Comunidade Andina, Interpretación Prejudicial, Proceso 20-IP-2007, São Francisco de Quito: 18.04.2007. in Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, D.C., Colômbia. Disponível em <http://www.derautor.gov.co/htm/legal/jurisprudencia/Indices/IT_DA.htm>, consultado a 08.07.2008.

⁵³⁸ Neste sentido é que Hércules Tecino Sanches, de modo bastante crítico à legislação brasileira de direito de autor aponta, após indagar-se sobre a possibilidade da fixação da obra intelectual em suporte incorpóreo, que:

A resposta a tal indagação não podia ser diversa, da apontada em linhas acima; ou seja, não assegurar valoração jurídica alguma ao elemento fixação. Portanto, configura-se efetivamente em resolver o conflito entre a possibilidade de fixação da criação intelectual num corpo mecânico, e a compreensão da circulação desta criação intangível no mundo digital, que também se caracteriza por ser não físico⁵³⁹.

Em que pese primária, entende-se necessária na presente investigação fazer-se a distinção entre o suporte físico e o meio de acesso à obra intelectual. Claramente identifica-se como suporte físico da obra intelectual o corpo mecânico no qual a obra intelectual encontra-se fixada. Por outro lado, o meio de acesso deve-se identificar como aquele que faculta o contato, a percepção da obra como uma exteriorização criativa do intelecto humano.

Denote-se que esta compreensão do meio, como aquele de acesso não tangível à obra intelectual é possível no domínio virtual, ou ainda quando da comunicação direta da obra intelectual, por exemplo, na declamação, na apresentação teatral, musical; e, até mesmo na comunicação indireta através, por exemplo da radiodifusão. Todavia, como o propósito desta investigação reside na análise do espaço de liberdade para a cópia privada na internet, apenas observar-se-á com maior densidade o fenômeno da percepção virtual, melhor dizendo digital⁵⁴⁰.

«Não se trata de tangibilidade da criação intelectual, em si mesmo, pois essa é sempre intocável, por ser imaterial. Qualquer que seja o registro ou a fixação expressando a obra, ela só poderá ser sobre objeto material, mesmo que armazenada numa bolha eletrônica». SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: Ltr, 1999, p.73.

⁵³⁹ Pondere-se que fazer da fixação em suporte material uma condição para a concessão da tutela autoral efetivamente, não comporta a melhor técnica jurídica para o regime jurídico europeu continental. Sem embargo, a obra é protegida desde o momento da sua criação. No entanto, por razões óbvias, a Convenção de Berna permite que os Estados signatários determinem o requisito da fixação em suporte material das obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, como condicionante da proteção autoral. (n.º 2, art. 2.º)

Registre-se que a Convenção não define o que se deve entender por «suporte material», aqui mais uma vez, por razões de viabilidade da proteção dos mínimos no âmbito internacional, evitando disparidades entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Convém destacar, no entanto, que a maioria dos Estados com tradição de Common Law, assumiram de início a fixação como uma condição para o reconhecimento da tutela autoral.

«Under current law, copyright arises the moment an original piece of expression is fixed in a <tangible medium of expression>. Registration and notice, though encouraged, are not required as a condition of protection.» Ou seja: «Segundo a lei atual, o <copyright> surge no momento de fixação do da obra original em um <meio de expressão tangível>. Embora, o registro e o aviso prévio, sejam encorajados, não são exigidos como condição de proteção.» SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright**. Stanford Law School, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008.

Todavia, frise-se que a partir do início de 1976, os Estados Unidos da América passaram de um sistema autoral condicional, que exigia o cumprimento de formalidades para o reconhecimento de direitos de autor, para um sistema incondicional. É de reconhecer-se que se trata duma grande alteração, refletindo uma ruptura de quase dois séculos de tradição.

⁵⁴⁰ Cumpre apontar que esta investigação compreende o crescente desenvolvimento tecnológico; e, assim, está ciente das inúmeras modalidades de acesso não tangível à criação intelectual. Exemplo disso, é a possibilidade

É bem verdade que a noção de reprodução, entendida como uma faculdade patrimonial, pois facilita os meios pelos quais o autor poderá explorar economicamente a sua criação intelectual, envolve fenômenos como a fixação, a suscetibilidade de obtenção de cópias ou exemplares e ainda a percepção da obra.

Note-se que a reprodução, também, pode ser compreendida como o fenômeno que permite a elaboração dum novo exemplar da obra. Mas, nas palavras de Oliveira Ascensão, árdua é a tarefa de definir se este fenômeno da reprodução resulta no surgimento da materialização da criação intelectual do mesmo gênero do exemplar já existente; ou, ao contrário, permite este fenômeno a criação dum exemplar de natureza distinta do já existente. Daí é que para o autor é possível admitir-se duas noções para o fenômeno da reprodução; isto é, um de natureza jurídica e outro de natureza técnica⁵⁴¹.

Assim, em sentido técnico, para a concretização da reprodução, necessário se faz primeiro a fixação da obra intelectual a um corpo mecânico, para em seguida alcançar-se o resultado desejado; ou seja, a produção da cópia, a repetição fiel do original.

Mas, em sentido jurídico, para o reconhecimento de tutela jurídica à criação intelectual pouco importa se houve ou não fixação. Tal exigência de fixação não pode ser entendida como uma formalidade a ser cumprida para que a obra goze de proteção pelo direito de autor⁵⁴².

hoje de radiodifusão, ou mesmo da transmissão de sinal de televisão, utilizando-se a internet para o efeito. Esta observação denota profundamente a necessidade da distinção entre corpo mecânico e meio de acesso ora realizada. Mas para Alberto de Sá Mello compreende-se a reprodução como a faculdade garantida por lei para a obtenção de cópias de uma fixação, entendida esta como o registo da obra num suporte físico, ou de uma parte qualitativa ou quantitativamente significativa dessa fixação. MELLO, Alberto de Sá. **O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português**. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores, 1989.

⁵⁴¹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, vd. em especial p.137 e 175.

⁵⁴² Acresça-se que esta é a regra predominante hoje, dado que segundo a Convenção de Berna, o autor já é titular de direitos pessoais e patrimoniais a partir da criação da obra, isto é, não está sujeito a qualquer formalidade para se ver protegido. PIERPAOLI, Fremiort Ortiz. **Derecho de autor y Derechos conexos en el Paraguay**. Tese de Doutorado em Direito e Ciências Sociais. Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Nacional de Assunção. Assunção: 1997, p. 91. Este também é o entendimento de Robledo, que destaca especialmente o Princípio da Proteção livre de Formalidades, ao referir: «Por medio de este Principio Secundario, se entiende que la protección para una obra bajo las leys del Derecho de Autor se obtiene de forma inmediata desde el momento mismo de le creación, sin necesidad de registro o formalidad alguna. He aquí, como ya mencionamos, una delas principales diferencias entre el Derecho de Autor y gran parte de la Propriedad Industrial, ésta última, en casi todas sus "facetas" requiere de un registro ante un ente administrativo que es consitutivo del derecho solicitado.» Ou seja: «Por meio deste Princípio Secundário, entende-se que a proteção de uma obra sob as leis de Direito de Autor obtém-se de forma imediata desde o momento de sua criação, sem necessidade de registro ou qualquer formalidade. Eis aqui, como já mencionamos, uma das principais diferenças entre o Direito de Autor e grande parte da Propriedade Industrial, esta última, em quase todas as suas <facetas> requer um registro perante um ente administrativo que é constitutivo do direito solicitado.» ROBLEDO, Santiago Márques. **Principios Generales del Derecho de Autor**. Pontificia Universidd Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Carrera de derecho, Bogotá D.C.: 2004, p. 108.

Oportuno, lembrar, sobre o tema, que o Brasil não aderiu ao Tratado OMPI de Direitos de Autor⁵⁴³, adotado em 1996, obrigando-se desta sorte a respeitar nesta matéria, tão-somente a Convenção de Berna e ao Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio que não se aprofundam em matéria da tutela autoral no âmbito da internet; ou seja, não prescrevem um normativo legal especial sobre a circulação das obras intelectuais no mundo digital.

Por isso é que a legislação autoral brasileira, não é muito clara quanto à previsão do direito de colocação da obra a disposição do público. Aparentemente, este direito foi incorporado no conteúdo do direito de reprodução; distintamente da legislação continental européia que determina a introdução deste direito no conteúdo do direito de comunicação da obra ao público⁵⁴⁴. Todavia, esta discussão será melhor estudada mais a frente ainda nesta terceira parte do estudo.

A relevância desta posição legislativa brasileira prende-se com o estabelecimento duma liberdade, mesmo que relativa, para a regulação da faculdade de reprodução da obra. De sorte que nesta senda a previsão autoral brasileira concebe a faculdade de reprodução como aquela que permite a criação de exemplares; excluindo-se, portanto, a reprodução necessária, isto é, meramente técnica, compreendida nos mecanismos tecnológicos de reprodução⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Vd. o site da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, para confirmar as adesões dos demais Estados ao Tratado OMPI de Direito de Autor, Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=17>, acesso aos 28.11.2012.

⁵⁴⁴ Verbis o art. 30 da Lei n.º 9.610/98 que aparenta incorporar o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de reprodução: «Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito. § 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular. § 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.» Esta previsão contida no art. 30 da lei autoral brasileira, conforme aponta Oliveira Ascensão, enseja a não violação pelo Brasil, das suas obrigações internacionais, uma vez que desobrigado de adotar a previsão contida no Tratado OMPI de Direito de Autor, que determina a inclusão do direito à colocação da obra à disposição do público, no conteúdo do direito de comunicação da obra ao público. Obviamente, que a discussão sobre a boa ou má técnica jurídica do legislador brasileiro em inserir o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de reprodução, diferentemente, do que se apresenta no âmbito legislativo internacional, é importante. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos Tratados da OMPI**. Revista da ABPI, São Paulo, n.º 42, Set/Out 1999, p. 13-29.

⁵⁴⁵ Oliveira Ascensão destaca inclusive que a disposição expressa no § 1.º, do art. 30, da Lei n.º 9.610/98, claramente aponta para o distancianeto do exclusivo autoral, quando esta reprodução autorizada consubstanciar-se numa necessidade técnica do próprio mecanismo tecnológico de reprodução; dado que a mesma caracteriza-se pela sua temporalidade, e com o propósito de viabilizar a percepção da obra pelo mecanismo eletrônico que a reproduz. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. Registre-se que a necessidade de autorização prévia do autor para a

Inclusive, frise-se, seguindo assim o entendimento de Oliveira Ascensão, que compreender a reprodução meramente técnica, temporária e necessária para a compreensão da obra intelectual pelo dispositivo tecnológico como intrínseca à faculdade de reprodução, é o mesmo que admitir um exclusivo pela transmissão eletrônica⁵⁴⁶.

Denote-se, que estas observações sobre o conteúdo do exclusivo de reprodução, atestam fortemente que o elemento fixação no mundo digital carece ainda de maior rigor, como elemento de tutela; uma vez que a fixação da obra num dispositivo tecnológico para a reprodução digital, implica numa necessidade técnica do sistema de reprodução. Assim é que esta investigação compreende o elemento fixação, ou seja aquele que pressupõe a incorporação da obra num suporte material, físico, corpóreo, que a despeito de único, singular, não pode ser entendido como um critério de proteção⁵⁴⁷.

Atente-se, que a despeito de não se poder identificar, como já afirmado em linhas acima, que a fixação não pressupõe um requisito de proteção e nem tão pouco o marco inicial da tutela autoral, ainda resta discussão sobre a possibilidade de extrair-se do direito de reprodução um direito de fixação, ou mesmo sobre a possibilidade da fixação representar um meio para a facultar a comunicação da obra ao público⁵⁴⁸.

Note-se que neste particular a legislação autoral portuguesa, estabelece em seus arts. 141.º a 148.º uma garantia de fixação sonora ou visual; bem como no art. 68.º, uma garantia de fixação em aparelho destinado a proporcionar a comunicação da obra ao público⁵⁴⁹. Assim,

reprodução não deve ser compreendida como um requisito para a atribuição de legalidade à este mesmo ato de reprodução, quando este destinar-se ao uso privado.

⁵⁴⁶ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Telecomunicações e Direito Intelectual**. in Conferência de encerramento do 3º Congresso de Direito de Informática e Telecomunicação. Instituto Brasileiro de Direito da Informática. Recife, 21.11.2008. O autor apontou na ocasião que o ato de transmissão caracteriza-se como uma mera técnica. Portanto, a análise da ilicitude da transmissão não residirá numa ausência de autorização, mas sim noutras razões; uma vez que essa prescinde de autorização.

⁵⁴⁷ Denote-se que a natureza própria de algumas criações intelectuais, dificultam até mesmo a compreensão da distinção entre a criação intelectual e o meio físico, o corpo mecânico no qual ela se fixa e circula. São exemplos desta categoria de criações intelectuais, as obras de artes plásticas, como a pintura e a escultura. Nestes exemplos, claramente está-se diante do fenómeno da especificação, já estudado pelos romanos que passa a constituir-se um importante elemento para a compreensão do que se delimita como bem imaterial. essencial para entender o que é a imaterialidade do bem. PLISECKA, Anna. **Accessio and specificatio reconsidered**. In *The Legal History Review*, vol. 74, n.º 1-2, p. 45–60 (16), Março, 2006.

⁵⁴⁸ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 228 e seguintes.

⁵⁴⁹ É o que particularmente estabelece o n.º 2, do art. 68.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português, garantindo ao autor «a fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução (...); bem como o n.º 1, do art. 141.º do referido Código que disciplina a obrigação de recolha da autorização prévia e expressa do autor para a fixação da obra, referindo este dispositivo que se entende «por fixação a incorporação de sons ou imagens (...) num suporte material suficientemente estável ou duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**.

resta clara a intenção de previsão do exclusivo de reprodução de forma ampla pelo legislador português⁵⁵⁰; dado que integra a reprodução por qualquer meio ou forma, assumindo modalidade direta ou indireta, temporária ou permanente, integral ou parcial⁵⁵¹.

Ademais, registre-se que o art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português apresenta a noção de reprodução consubstanciada na possibilidade de obtenção de cópias duma fixação, que pode ser representada pelo suporte material em que esta se reproduz⁵⁵².

No entanto, indaga-se se a noção de reprodução introduzida pelo dispositivo legal acima é válida para o direito de autor em geral, ou apenas imputável aos direitos conexos; uma vez que este preceito encontra-se previsto no Título III do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português, que regulamenta os direitos conexos⁵⁵³.

Mais ainda, vem-se com frequência identificando-se a cópia como o resultado da reprodução, ou seja, com o suporte material da reprodução. De sorte que a noção de reprodução estaria conectada diretamente com a noção de cópia, necessitando-se, portanto, sempre dum corpo mecânico para o exercício da faculdade de reprodução; mesmo que garantida esta reprodução por qualquer meio⁵⁵⁴.

Sobre esta compreensão acentua Dias Pereira que as noções apresentadas no art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português não se entendem como suficientes,

Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>. Observe-se que com estas previsões a legislação portuguesa afasta-se da legislação espanhola (art. 18.º da Lei de Propriedade Intelectual Espanhola) e da francesa (art. L122-3 do Código de Propriedade Intelectual Francês), que expressamente referem-se ao elemento fixação como ínsito à noção de reprodução.

⁵⁵⁰ Cf. PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 342.

⁵⁵¹ Esta, inclusive, é a previsão do n.º 7, do art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português que apresenta a noção de reprodução como aquela que faculta «a obtenção de cópias de uma fixação, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁵⁵² É o que estabelece o n.º 6, do art. 176.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Português sobre a noção de cópia, compreendendo-a como o «suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representações destes, separada ou cumulativamente, capitados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes neles fixados».

⁵⁵³ PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 342.

⁵⁵⁴ É o que pondera Alexandre Dias Pereira, para quem: «Deste modo, não obstante o direito de reprodução abranger a reprodução ‘por quaisquer meios’ (art. 68.º/2-i) e, para os direitos conexos, art. 178.º/1-c, logo se deveria acrescentar, segundo as noções de cópias em suportes materiais.» PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 343.

dado que as mesmas seriam aplicáveis restritamente aos direitos conexos. E, também aponta que estudar a reprodução pela sua simples adequação ao meio de obtenção duma cópia, ou seja do corpo mecânico, resultaria em admitir que este é relevante na determinação da tutela jurídica a conferir à obra intelectual⁵⁵⁵.

Mas, esclarece o autor que a previsão contida no referido dispositivo legal, não serve para esse fim de concessão de tutela; e, sim, apresenta-se como útil para identificar a reprodução como direito de autor. Por isso, é que ao se destacar a faculdade de reprodução como um exclusivo autoral, depreende-se desta faculdade a possibilidade de produção da figura do exemplar⁵⁵⁶.

Como salientado há ainda aqueles que apontam a fixação ao revés como uma faculdade autônoma; uma vez que compreendem esta como a transferência da criação de espírito para um suporte qualquer, decorrendo assim logicamente desta ação de transferência um exclusivo para o autor, que lhe garante a materialização da obra⁵⁵⁷.

No Brasil, o elemento fixação encontra-se disciplinado autonomamente como um exclusivo autoral no art. 90 da Lei n.º 9.610/98; dado que este reconhece ao «artista intérprete ou executante o direito exclusivo de (...) fixação de suas interpretações ou execuções.»

Mister assim, destacar que a lei autoral brasileira apresenta-se mais firme em apontar a existência autônoma de um exclusivo de fixação; todavia identicamente à legislação portuguesa discute-se se esta disciplina porque prevista no rol da tutela atribuída aos direitos conexos, compreende também o direito de autor em geral.

Para que não se deixe azo às dúvidas e, decerto como já apontado em linhas acima, a presente investigação, compreende que o elemento fixação não integra um requisito para a atribuição da tutela jurídica autoral. Mas, a despeito da fixação não se afigurar como um requisito para a concessão da tutela autoral, de modo geral nos ordenamentos jurídicos de sistema europeu

⁵⁵⁵ Assim, conclui o autor que «Desde logo, permitem distinguir a reprodução da fixação, no sentido de esta é requisito daquela». PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação. vol. VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008, p. 343.

⁵⁵⁶ Oliveira Ascensão chega inclusive a afirmar que «A reprodução supõe uma fixação anterior, e é dessa fixação que se produzem cópias (...)» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 234 -236.

⁵⁵⁷ É o que defende Laura Chimienti, destacando inclusive que a ausência de previsão legal aponta para a irrelevância jurídica do ato de transferência da criação de espírito do autor para um corpo mecânico; uma vez que ao autor como criador da obra poder-se-á atribuir tal faculdade de materialização. CHIMIENTI, Laura. **La Nuova Proprietà Intellettuale nella Società dell'Informazione: La Disciplina Europea e Italiana**. Milão: Gufré, 2005, p. 99 e seguintes

continental, caberá nesta investigação ponderar se as constatações até então verificadas, aplicar-se-ão inalteradamente com o surgimento das novas tecnologias digitais de reprodução.

Sem embargo, a noção de fixação que como visto compreende o ato de incorporação, materialização da criação de espírito do autor num corpo mecânico, põe-se ao lado hoje, em meio à revolução dos mecanismos de comunicação, de difusão da informação, dos atos de digitalização, de desmaterialização, que permitem o armazenamento da obra intelectual num suporte digital, que pode ser permanente ou temporário.

Denote-se que mesmo diante da compreensão usual de que tudo o que foi, digitalizado, desmaterializou-se, perdendo a sua qualidade de corporeidade, esta ação não prescinde da fixação da obra intelectual num corpo. Todavia, este corpo não se estabelece de pronto como compreensível aos sentidos humanos. Para que esta realidade seja de fato apreendida pelos normais sentidos humanos, necessário faz-se que o meio de expressão físico da obra intelectual, agora digitalizada transforme-se em linguagem compreendida pela máquina⁵⁵⁸.

O que importa referir que a despeito de falar-se genericamente em desmaterialização, mesmo no mundo digital, há a necessidade de fixação da informação num suporte digital, compreensível à máquina, ou seja, ao computador. Posto que esta informação é armazenada na memória digital do computador, em código binário, compreendido pela máquina⁵⁵⁹.

Na verdade, cumpre-se nesta investigação refletir também sobre os avanços alcançados pelas novas tecnologias de comunicação; pois interessa, particularmente nesta parte do estudo, compreender que são diversos os métodos desenvolvidos de reprodução, transmissão e fixação das obras tuteladas pelo direito de autor. Métodos estes, extremamente avançados, com altíssima qualidade de som e imagem, apresentando um tempo de resposta ao milésimo

⁵⁵⁸ A informação somente é compreendida pela máquina, quando esta é digitalizada e transformada em numeração binária, isto é, aquela que compreende um sistema de numeração posicional em que todas as quantidades representam-se utilizando como base o número dois, com o que se dispõe das cifras: zero e um (0 e 1). Portanto, o fenômeno da digitalização compreende um processo de codificação, que se concretiza pelo armazenamento de dados no computador como uma sequência de códigos. Ou seja, as letras e algarismos são codificados, atribuindo-se um número associado, para cada um. Vd. STALLINGS, William. **Arquitetura e Organização de Computadores**. 8ª ed., trd. Carlos Camarão de Figueiredo e Lucília Camarão de Figueiredo. São Paulo: Prentice Hall, 2010. Oliveira Ascensão muito claramente refere que «A linguagem do computador é assim uma linguagem binária, em que os únicos elementos perceptíveis pela máquina são o 1 e 0». ASCENSÃO, José de Oliveira. **A protecção jurídica dos programas de computador**. Revista da Ordem dos Advogados, ano 50, vol. 01, Abr./1990, p. 74.

⁵⁵⁹ Assim, toda a informação que é inserida no computador segue direto para o microprocessador e é armazenada na memória ram, na forma binária, isto é de 0 (zero) e 1 (um). Fato é que a máquina, ou seja, o computador, é integrada por eletricidade que pode assumir apenas dois estados, ou ligado, representado pelo número 1, ou desligado, representado pelo número zero.

de segundo, com tamanhos cada vez mais reduzidos, permitindo transmissão e fixação mais sensível.

Denote-se que uma das características mais importantes destes novos arquivos digitais⁵⁶⁰ é a capacidade que oferecem para fazer cópias de uma fonte original sem minimamente diminuir sua qualidade. Sem dúvidas, os arquivos digitais abriram as portas para um novo mundo. As possibilidades de comunicação e distribuição são infinitas⁵⁶¹, por isso afigura-se tão importante identificar e decifrar os limites do exclusivo de exploração econômica do autor⁵⁶².

Sem embargo o direito de controlar a cópia de material protegido pelo direito de autor, reconduz à uma das grandes discussões sobre as características fundamentais do conteúdo de proteção dos direitos de autor no século XXI. Efetivamente, os titulares de direitos, especialmente os titulares das faculdades patrimoniais do direito de autor, dependem da proteção desta faculdade de reprodução, para desenvolverem economicamente os seus modelos de negócios fulcrados na distribuição em rede deste conteúdo protegido.

Com efeito, os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual confirmam que os autores, artistas e produtores de fonogramas mantêm, assegurado o seu amplo direito de reprodução. Tais instrumentos internacionais de proteção do bem intelectual foram construídos sobre as bases fundadas pela Convenção de Berna, e esclarecem que a faculdade de reprodução dos titulares de tais direitos, aplica-se plenamente no ambiente digital, independentemente da tecnologia ou do suporte físico utilizado, ou ainda da natureza ou da duração da cópia.

⁵⁶⁰ Dentre muitos se destacam os seguintes formatos: .mp3; .mp4; dvx; etc.

⁵⁶¹ Nesta senda, Christopher Sprigman, aponta: «But idea/expression never applied particularly well to non-textual media, such as music or graphic arts, where the <idea> is difficult, if not impossible, to separate from the expression. As technology shifts creativity toward new media that focus on <sampling>, <re-mixing>, or <mashing up> bits of film, text, music, and graphic arts, we can expect to see fewer instances where the idea/expression dichotomy can do much to insulate the use of <ideas> from infringement liability.» Ou seja: «Mas o termo ideia/expressão nunca foi tão particularmente bem aplicado no contexto não textual das mídias, tais como a música ou as artes gráficas, onde a <idéia> é difícil, senão impossível, separada da expressão. Como a tecnologia desolca-se em direção da criatividade nas novas mídias tais como <sampling>, <re-mixing>, ou <mashing up>. bits de filme, textos, músicas e artes gráficas, podemos esperar para ver diversas instâncias nas quais a dicotomia ideia/expressão pode fazer muito mais do que isolar o uso das <idéias> da responsabilidade de violação.» SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright**. Stanford Law School, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008.

⁵⁶² Importa registrar que aprofundamentos sobre o direito de reprodução, bem como sobre a fixação da obra protegida pelo direito de autor no ambiente digital, serão desenvolvidos mais à frente nesta investigação, especialmente na sua quinta parte cinco, quando se estudará o uso privado e a internet.

Por isso, é que nesta terceira parte da presente investigação o estudo reconduzir-se-á, num primeiro plano, ao deslinde sobre o poder de reprodução⁵⁶³; ou seja, na compreensão do seu conteúdo, extensão e limite em razão da cópia privada, em especial a digital. Preocupando-se, inclusive, em distinguir o escopo da tutela do direito de autor em face da cópia privada digital, seja ela permanente ou transitória; e, ainda verificar o âmbito de concretização desta, isto é, se a cópia digital transitória, importa numa mera necessidade técnica para transporte ou armazenamento.

De modo a compreender a extensão do poder de reprodução em sede da cópia privada, forçoso é debruçar-se, previamente sobre o que se entende por uso privado; ou seja, investigar quais são os atos de utilização da obra protegida por direito de autor que se compreendem neste uso privado. Necessariamente, a presente análise, leva a outra, que se funda não só no conteúdo do uso privado, como também no seu alcance.

Mais ainda, nesta terceira parte do estudo, a presente investigação preocupar-se-á em delimitar qual a noção do poder de reprodução para uso privado. O que implica, necessariamente em debruçar-se sobre a análise da reprodução com a finalidade eminentemente de carácter privado; indagando-se, portanto, se a exigência da lei para assegurar este espaço livre de reprodução para uso privado, entende-se como aquele despedido de objetivo de lucro, seja ele direto ou indireto.

Neste caminhar a pesquisa irá questionar sobre o que se entende por esfera privada de utilização, de forma a encontrar o *locus* admitido na lei para a garantia deste espaço de liberdade para a reprodução decorrente do uso privado.

Para além do *locus*, ou seja do lugar espacial para a liberdade de reprodução, garantidor do uso privado, esta investigação irá desvendar quem se qualifica como sujeito autorizado materialmente pela lei para realizar a reprodução com o fim de uso privado.

⁵⁶³ Claro está que importa verificar qual a fundamentação para esta liberdade de reprodução inscrita na lei com a previsão da cópia privada. O propósito desta análise, funda-se em não se restringir esta pesquisa somente ao estudo dos fundamentos legais; mas também, ampliá-lo em fundamentos outros, como os de natureza social, económica e técnica. Entretanto, esta densificação, apenas far-se-á lateralmente, não se descuidando, portanto, do objetivo desta investigação, que se faz assente na dogmática jurídica sobre o poder de reprodução, delineando-se os seus contornos em face da cópia privada. De qualquer sorte, o intuito desta análise paralela, prende-se com o fato que a fundamentação da liberdade de reprodução, antes de haver sido garantida pela lei, certamente, representou um fenómeno económico, social ou técnico, demonstrando as razões para a garantia deste espaço de liberdade de reprodução. Muito provavelmente, a análise desta fundamentação da liberdade de reprodução, reconduzir-se-á à uma interação ou mesmo adjunção de fenómenos, sejam eles, jurídicos, económicos, sociais e técnicos.

Não esquecendo ainda, de indagar-se sobre qual o limite do número de reproduções para uso privado neste espaço de liberdade aberto para a um sujeito determinado.

Ademais, certo é que a presente investigação não se olvidará de pesquisar sobre se a abertura deste espaço de liberdade para reprodução com o fim de uso privado afetará ou não a normal exploração da obra intelectual, causando prejuízos injustificados aos legítimos interesses do seu titular.

Observe-se, que ainda representará uma tarefa a ser cumprida nesta terceira parte da investigação o estudo sobre a compensação econômica garantida nalgumas leis de proteção do direito de autor. Note-se que tal compensação econômica será aqui analisada com o fim de verificar ser este é um instrumento eficaz de equilíbrio dos opostos interesses envolvidos no caso; ou seja o interesse do autor e o interesse do utilizador da obra.

Daí que é mister o estudo da compensação econômica como um instrumento de remuneração ao autor pelo prejuízo sofrido em decorrência da garantia do espaço livre de reprodução para uso privado. Na verdade, constituirá mais uma das importantes tarefas a serem cumpridas nesta parte da investigação; já que se faz necessária a análise da confirmação ou não do prejuízo sofrido pelo autor em virtude do espaço de reprodução livre para uso privado.

Mais ainda, verificar-se-á se a obrigatoriedade do pagamento de tal compensação econômica pela liberdade de reprodução no espaço para uso privado, configura-se numa efetiva compensação pela garantia na lei da cópia privada; ou, ainda se esta compensação revela-se num instrumento de equilíbrio pela mera possibilidade e/ou potencialidade da realização de cópias.

3.1 O poder de reprodução e a cópia privada

O ato de reprodução de uma obra concretiza-se pela realização de uma cópia da mesma por um qualquer mecanismo que permita a sua materialização. Ou seja, representa este ato a multiplicação de exemplares de uma obra, obtidos através da sua fixação material por processo que facilite a sua divulgação de maneira indireta.

Compreende portanto este ato na repetibilidade da obra, franqueando a sua percepção direta ou indireta, mantendo-se, forçosamente, os traços essenciais de identificação da obra⁵⁶⁴. Na verdade o ato de reprodução implica num complexo de outros atos, pois deve ele garantir a fixação, a suscetibilidade de obtenção de cópias ou exemplares e ainda a percepção da obra⁵⁶⁵.

Verifique-se que o direito de autor, por representar uma realidade complexa e rica, sobretudo no seu conteúdo patrimonial, incorpora este ato de reprodução. Por isso, claramente se identifica este ato como um dos poderes atribuídos ao autor dentro de um complexo de outros poderes que representa um conjunto heterogêneo de situações jurídicas patrimoniais⁵⁶⁶.

Obviamente que o ato de reprodução, corresponde para o autor um poder⁵⁶⁷, ou seja uma faculdade garantida a este para explorar economicamente a sua atividade intelectual. Compreendendo-se, deste modo, como refere parte da doutrina, uma das garantias atribuídas ao autor para utilizar a sua obra; a exemplo do direito de reprodução e do direito de comunicação⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Esta noção sobre o direito de reprodução é apresentada como operativa por Cláudia Trabuco. TRABUCO, Cláudio. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 706-727.

⁵⁶⁵ Alexandre Dias Pereira chega inclusive a indagar se linguisticamente o ato de reprodução tem o mesmo significado que copiar. Aponta o autor que linguisticamente, não há o que se discutir, tratam-se os dois termos de sinonímias, cuja natureza também é válida em sede de direito de autor. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v. II, p. 329-341, Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

⁵⁶⁶ Tiago Bessa ao estudar as licenças de direitos de autor preocupa-se em analisar o conteúdo do direito patrimonial. Para este as faculdades patrimoniais do autor, resultantes do ato criativo, não apresentam um limite claro definido na lei. Mas, informa com firmeza que a centralidade das faculdades patrimoniais, na qual se encerra o poder de reprodução, é constituída pelo exclusivo de exploração econômica. Na verdade, Bessa, deixa claro que as diversas faculdades ou poderes atribuídos ao autor da obra, dirigem-se à exploração econômica da obra. BESSA, Tiago. **Direito contratual de autor e licenças voluntárias de exploração da obra**. in *Revista da Ordem dos Advogados*. p. 1129-1246, Ano 72, vol. IV, Out/Dez., 2012.

⁵⁶⁷ Cumpre-se salientar que esta investigação não faz distinção entre as expressões poder, faculdade, ou direito utilizando-as indistintamente para representar todo o complexo de direitos atribuídos ao autor pelo exclusivo de exploração econômica da sua obra.

⁵⁶⁸ Como referem Ferrer Correia e Almeno de Sá que distinguem o direito de reprodução e de comunicação como «os dois grandes tipos de direito de utilização», esclarecendo que enquanto o direito de reprodução faculta uma forma indireta de comunicação, pois representa a fixação material da obra, já o direito de comunicação implica numa comunicação direta, pois realizada através de recitação, declamação, execução pública,

Sem embargo, entende a presente investigação que o exclusivo de exploração econômica da obra, consiste, num complexo de atos que garantam ao autor obter a justa remuneração pela sua atividade intelectual. Assim, não se cinge, este exclusivo, a um rol taxativo de poderes conferidos pela lei⁵⁶⁹.

Importa frisar, no entanto, nesta pesquisa, que o poder de reprodução configura-se como uma das modalidades garantidas a autor para explorar economicamente a sua atividade intelectual. Sendo, portanto, daí concluir, em decorrência lógica, que o ato de reprodução pode ser levado a cabo por qualquer mecanismo que permita a materialização da obra, seja esta em suporte analógico ou digital; pois o que se pretende é conferir ao autor liberdade nos modos de exploração econômica da sua obra⁵⁷⁰.

Desta sorte, reconhece-se ao autor um poder de reprodução que garante tanto ao reprodução de natureza análogica como a reprodução de natureza digital, constituindo-se cada um destes atos, um modo distinto de aproveitamento econômico da obra.

radiodifusão. CORREIA, Ferrer; SÁ, Almeno. **Direito de Autor e Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão**. in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

⁵⁶⁹ Deste modo, adota, o presente estudo, a mesma compreensão de Oliveira Ascensão, que distingue no exclusivo patrimonial do autor, diversas faculdades, também de natureza patrimonial, compreendidas em dois blocos, são elas, as faculdades essenciais e instrumentais. Estas, como atendem o conteúdo e a finalidade do exclusivo patrimonial, são preparatórias dos atos de aproveitamento econômico da obra, não representando, portanto, nenhum conceito, são tipicamente previstas em lei; como, por exemplo, os atos de fixação, reprodução, transformação. Já as faculdades essenciais como garantem o aproveitamento econômico da obra, são atípicas, permitindo-se assim a inclusão de novos poderes de exploração; como, por exemplo, a apresentação da obra ao público, mediante recitação, exibição cinematográfica e execução. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos**. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 206-208. Neste mesmo sentido vd. VIEIRA, José Alberto. **A estrutura do Direito de Autor no ordenamento jurídico português**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, 1990. Denote-se, entretanto que a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, adotou um outro entendimento, identificando três grupos de poderes que garantem ao autor a exploração econômica da sua obra, ou seja, o direito de reprodução, o direito de comunicação da obra ao público e o direito de distribuição. Adotando, o entendimento da Diretiva, mas acrescentando o direito de transformação, Dias Pereira enfatiza que «(...) ao lado do direito de reprodução encontram-se outros direitos no catálogo dos direitos de autor (ou no feixe de faculdades do direito de autor, concebido unitariamente), que se agrupam tradicionalmente em três grupos: a comunicação ao público (por ex., a radiodifusão), a transformação (por ex., adaptação cinematográfica de um livro) e a distribuição (por ex., venda de exemplares do livro)». Inclusive, neste ponto Dias Pereira critica a legislação portuguesa, por deixar num rol meramente exemplificativo os modos de aproveitamento econômico da obra pelo autor. E, acrescenta que a ausência de clareza na compreensão do direito de reprodução, prejudicará a própria compreensão da reprodução para uso privado. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in Direito da Sociedade da Informação, v. II, p. 329-341, Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 339.

⁵⁷⁰ Vd. BATALLA, Enrique. **Spain P2P and Criminal Law**. Computer Law Review International, n.º 1, p. 29-30. 15.02.2004.

Ressalte-se, que este poder de reprodução, é garantido naturalmente ao autor da obra; isto é, dado o ato de criação da obra, como forma de reconhecer o esforço criativo, e de estimular a criação intelectual, atribui-se ao autor um modo de aproveitamento económico da sua obra.

É assim, que o autor, titular deste exclusivo de natureza patrimonial, pode, determinar, autorizar ou opor que terceiros reproduzam a sua obra. Por isso é que os atos de reprodução concretizados sem a prévia autorização do autor, beneficiando patrimonialmente terceiros, configuram-se em violações ao exclusivo autoral.

Destaque-se, neste sentido, que o exclusivo atribuído ao autor resulta tão-somente em poderes que confirmam a este a concretização de atos de aproveitamento económico da obra, franqueando-se ao autor retirar vantagens económicas da exploração da sua obra⁵⁷¹. Ou seja, o poder de reprodução, consubstancia-se num exclusivo de exploração económica do autor, que pode ser exercido por este ou por terceiros, quando autorizados; insculpindo-se, assim, no seu conteúdo as garantias de realização, autorização ou oposição de atos de reprodução, como modos de aproveitamento económico da obra⁵⁷².

No regime jurídico autoral português este poder de reprodução, encontra previsão na alínea i), do n.º 2, do art. 68.º e na alínea a), do n.º 2, do art. 75.º do Código de Direitos de Autor e Conexos. Da análise destes dispositivos, resta clara a intenção do legislador, em acompanhar a evolução dos dispositivos tecnológicos que possibilitam a realização de atos de reprodução; pois que deixa em aberto o tipo de técnica ou meio utilizado para a concretização do ato de reprodução⁵⁷³.

⁵⁷¹ É deste modo que a legislação autoral portuguesa apresenta a noção do exclusivo económico, conforme se deflui do disposto no n.º 1, do art. 67.º

⁵⁷² Como bem observa, Nicola Stolfi: «Il diritto di riproduzione rappresenta, specie per le opere letterarie e scientifiche, un assai importante attributo dell'autore, L'opera dell'ingegno, per il fatto della pubblicazione, há cessato di essere un bene proprio dell'autore, ed è entrata nel dominio commerciale, la cui sfruttamento avviene con le altre facoltà consentite all'autore, e cioè con la riproduzione, la rappresentazione, l'esecuzione, ecc..»; ou seja, «O direito de reprodução representa, especialmente para as obras literárias e científicas, um atributo muito importante do autor. Pelo fato da publicação do trabalho intelectual, este deixou de ser um bem próprio do autor, e entrou para o domínio comercial, cuja exploração decorre com outras faculdades consentidas pelo autor, e que são reprodução, representação, execução, etc.» STOLFI, Nicola. **Il Diritto de Autore**. 3.ª ed., parte I. Milão: Società Editrice Libreria, 1932, p. 447. Registre-se, como bem afirma Cláudia Trabuço, que os modos de aproveitamento económico da obra concretizados mediante o exercício do poder de reprodução, configuram-se como o objeto imediato do direito de reprodução, já a obra, representa o objeto mediato deste direito. TRABUCO, Cláudio. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 701.

⁵⁷³ Conforme a disposição da alínea a), do n.º 2, do art. 75.º do citado diploma legal português, *in verbis*: «A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85,

Ademais, fácil é constatar o cuidado do legislador português em determinar no conteúdo do poder de reprodução, diversas modalidades de atos de reprodução; identificando-se, assim a reprodução direta ou indireta, reprodução temporária ou permanente, reprodução por qualquer meio ou sob qualquer forma e reprodução integral ou parcial⁵⁷⁴. De certo, todas estas modalidades de atos de reprodução, abrangem tanto o ambiente analógico, como o eletrónico, impondo-se assim a análise do poder de reprodução nestes dois ambientes⁵⁷⁵.

Por isso, oportuno referir que o regime jurídico atribuído ao poder de reprodução na legislação autoral portuguesa determina, efetivamente que ao autor, independentemente do meio ou do modo, foi conferida a faculdade de controle sobre os atos de reprodução da sua obra⁵⁷⁶. Por isso, nesta sede, de puro exclusivo, não importa apurar se o ato de reprodução foi realizado a partir da obra original ou de outra já reproduzida, se temporária ou permanentemente, se integral ou parcialmente⁵⁷⁷.

Notadamente em sede de determinação do conteúdo e limites do exclusivo autoral económico, esta terceira parte do estudo, preocupar-se-á em enfrentar os desafios sobre a extensão do poder de reprodução, em particular nesta seção; o que logicamente determina a necessidade do estudo dos limites da tutela jurídica conferida ao autor, cuja análise será mais a frente nesta pesquisa realizada.

14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁵⁷⁴ Conforme a disposição da alínea i), do n.º 2, do art. 68.º do mesmo texto legal, *in verbis*: «A reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁵⁷⁵ É o que destaca o Considerando 31 da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, ao afirmar a importância do ambiente eletrónico para a apreciação das exceções ou limitações, imputadas ao exclusivo económico, leia-se: «Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁵⁷⁶ Compreendendo a autonomia do conteúdo do poder de reprodução em face do meio ou do modo pelo qual a cópia é realizada, José Alberto Vieira destaca: «desde a simples operação de “downloading” de um programa da Internet para o disco rígido do computador ou para uma disquete, à sofisticada produção de CD ROMs numa linha de fabrico industrial ou à transmissão em “routing” numa rede de computadores, todos estes processos de multiplicação do programa se encontram abrangidos pelo poder de reprodução reconhecido ao titular do direito patrimonial de autor» VIEIRA, José Alberto Coelho. **A Protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor**. Lex, Lisboa, 2005, p. 94.

⁵⁷⁷ Luís Menezes Leitão chega mesmo a desconsiderar a relevância da identificação dos meios e modos utilizados para a realização do ato de reprodução. LEITÃO, Luís Manuel Telede de Menezes. **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 134-135.

Cumprе ressaltar, desde já, que em face da atual realidade digital, o poder de reprodução vem-se apresentando insuficiente para refletir todos os modos de aproveitamento econômico da obra pelo autor. Assim, foi, neste sentido que a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, instituiu poderes outros, garantindo ao autor a diversidade dos atos de exploração econômica da sua atividade intelectual⁵⁷⁸.

São eles, o direito de comunicação da obra ao público e o direito de colocação da obra à disposição do público. Este último, revela, em particular, um poder atribuído ao autor, especificamente no ambiente da *world wide web*, apresentando no seu conteúdo o ato de colocação à disposição do público, de obras na rede.

Todavia, a despeito desta particularidade, não foi enunciado na Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, como um poder autónomo, mas sim ínsito no poder de comunicação da obra ao público. Observa-se, assim, um descuido do legislador comunitário, ao determinar a utilização deste poder de modo genérico, esquecendo, a sua particularidade de aplicação no ambiente digital; bem como, não conferindo ao mesmo autonomia, inserindo-o no conteúdo do poder de comunicação da obra ao público⁵⁷⁹.

Não houve, portanto, adequação do escopo dos atos de comunicação e de colocação; enquanto o primeiro, encerra um conteúdo dinâmico, o segundo, assume-se como estático. De sorte que, não se enquadrando este novo poder de colocação da obra à disposição do público, como um ato de comunicação, patente está a sua autonomia⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Vd. o art. 3.º, da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que disciplina estes direitos, próprios da era digital: «Artigo 3.º Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material. 1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁵⁷⁹ Vivamente, neste sentido, esta investigação segue o entendimento de Oliveira Ascensão, para quem «só há comunicação ao público, por natureza, quando há um acto de comunicação. Um acto de comunicação é um acto voluntário, com o fim de comunicar. (...) Mas na colocação em rede à disposição do público não há nada disto. Tudo se esgota com o próprio acto de colocação em rede.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Informática Jurídica.** in Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

⁵⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Transposição da Directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação.** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p.915-933, vol. XLIII, n.º 2, 2002, p.923

O legislador português, ao transpor a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, não foi assim tão claro ao incluir o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de comunicação da obra ao público. Cingiu-se, assim, a garantir ao autor a faculdade de colocação da obra à disposição do público, por qualquer forma, destacando ao final que esta faculdade deve ser utilizada de modo a tornar a obra acessível a qualquer utilizador⁵⁸¹. De qualquer sorte, por força da regulação comunitária ser exata quanto à esta inclusão, este vem sendo o entendimento adotado.

De qualquer sorte, as dúvidas permanecem, sobre a opção do legislador comunitário, especialmente quando se põe em causa o não esgotamento das obras que apenas foram disponibilizadas na rede⁵⁸².

Sem embargo, esta opção de técnica legislativa, não é a mais acertada, na medida em que ao se ampliar, a tutela do exclusivo, por força da realidade digital, marcada pelos inovadores mecanismos de comunicação, esquece-se das restrições que devem ser impostas, pondo, assim em causa o equilíbrio de todo o sistema de proteção.

Importa destacar que este desequilíbrio, causado pela exacerbação da proteção da obra, dado o novo meio em que circula, detectou-se, também, na própria extensão do poder de reprodução. O receio da prática de atos de reprodução desenfreados, em virtude da acessibilidade e multitude de serviços ofertados pela world wide web, pretendendo ampliar a extensão do poder de reprodução, de modo o seu alcance, inclusive nos atos de fixação, nas reproduções meramente técnicas, necessárias.

Ou seja, a pedra de toque passou a ser refrear os atos de reprodução, dificultando a utilização dos mecanismos tecnológicos, que serviram de esteio para justificar a determinação destas novas faculdades atribuídas ao autor⁵⁸³.

⁵⁸¹ Vd. a redação da alínea j), do n.º 2, do art. 68.º da legislação autoral portuguesa que prescreve: «A colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁵⁸² Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Transposição da Directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação**. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p.915-933, vol. XLIII, n.º 2, 2002. Oliveira Ascensão, que inclusive indaga-se sobre o fato da obra disponibilizada unicamente na rede, estar disponível, não teria algum significado. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Transposição da Directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação**. op. cit., p. 923.

Mister é salientar que o poder de reprodução, encontra limites que se justificam pela cópia para uso privado das obras protegidas pelo direito de autor, levantando-se vicissitudes dogmáticas que devem ser solucionadas em sede da tutela autoral. Na verdade, os problemas jurídicos a serem enfrentados por este tema, se colocam pela imperatividade⁵⁸⁴ do uso privado em face do exclusivo autoral, obstando, apenas quanto à cópia privada, os atos de aproveitamento econômico do autor pela sua criação de engenho⁵⁸⁵.

Afigura-se, assim, a cópia para uso privado como um instituto, oposto ao poder de reprodução; pois que em sede desta utilização privada, não poderá o autor exercer, quanto a cópia privada, as faculdades de exploração econômica que o exclusivo autoral lhe garante, nem tão pouco, opor-se à esta qualidade especial de utilização privada⁵⁸⁶, que independe de autorização prévia do autor.

⁵⁸³ Mais à frente nesta investigação levantar-se-ão os problemas atinentes aos atos de transporte e armazenamento técnicos e/ou temporário da cópia digital para uso privado.

⁵⁸⁴ Em decorrência desta imperatividade do uso privado em face do exclusivo autoral, vale discutir, muito lateralmente se é possível configurar-se a cópia privada num direito potestativo atribuído ao utilizador. Bem verdade, que a discussão em sede de potestade, revela a afirmação de direitos subjetivos; pois como, Chiovenda refere, os direitos subjetivos, compreendem duas grandes categorias de direitos, quais sejam, os direitos a uma prestação e os direitos potestativos. O se pretende é enfrentar o caráter imperativo da cópia privada em face dos atos de aproveitamento econômico do autor, sobre a sua obra. Ou seja, destacando a qualidade essencial do direito de potestativo, observa-se que este determina a imposição dum estado de sujeição. E, por isso, questiona-se: Afinal, não este o caráter imperativo da cópia privada? Tal caráter impõe ao autor um estado de sujeição sobre os atos de reprodução para uso privado; não se admitindo, portanto, uma qualquer sua oposição. Cristalina é a definição de Chiovenda sobre o direito potestativo, *verbis*: «poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente 'sujetas', de manera que no pueden sustraerse a él, al efecto jurídico producido»; ou seja, «poder do titular de direito, de produzir, mediante uma manifestação de vontade, um efeito jurídico no qual tem interesse, ou a cessação dum estado jurídico desvantajoso; seja em face de um sujeito, ou vários, que não estão obrigados a nenhuma prestação a respeito deste direito, mas, ao contrário, estão somente sujeitas, de modo que não podem subtraírem-se ao efeito jurídico produzido.» CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Santís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, 31. Ressalte-se, que a concretização dum direito potestativo, ocorre quando o seu titular, mediante uma declaração de vontade, impõe no outro, sujeito passivo, uma modificação na sua esfera jurídica. O que implica em considerar, no caso da cópia privada, que o autor suporte as consequências do exercício do direito potestativo, daquele que realiza um ato de reprodução para uso privado, independentemente da sua vontade. Não parece de todo indefesável esta tese. Entretanto, o presente estudo limitar-se-á a identificar apenas se a cópia privada corresponde a um direito subjetivo, enquanto faculdade conferida ao utilizador da obra, um limite ou uma exceção ao direito de autor. Esta discussão caberia adensamentos maiores, que não cabem em sede desta pesquisa.

⁵⁸⁵ Neste mesmo sentido Dias Pereira afirma a nulidade de cláusula contratual cujo objetivo seja eliminar ou impedir o exercício normal da cópia privada pelos seus beneficiários. O autor é bastante preciso sobre essa caráter da cópia privada, quanto assinala: «A liberdade da cópia privada é imperativa». Ressalva, entretanto, o direito à uma remuneração equitativa devida aos titulares de direitos de autor pelo ato de reprodução para uso privado; tema, que será discutido nesta investigação mais à frente, ainda nesta terceira parte. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Pirataria e Cópia Privada**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v, IX, p. 125-144, Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 130.

⁵⁸⁶ Importa destacar a posição de Cláudia Trabuco para quem é impossível enfrentar o tema da cópia privada, centrando-o num princípio jurídico de liberdade de uso privado. TRABUCO, Cláudia. **Direito de autor, intimidade privada e ambiente digital**: Reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais. in *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007. Disponível em

Cumpra-se, referir quanto à legislação autoral brasileira, como já assinalado anteriormente, que esta prevê duas modalidades de utilização da obra, com finalidade de exploração patrimonial, são elas, o direito de reprodução, que aparentemente compreende o direito de distribuição e o direito de colocação da obra à disposição do público, e o direito de comunicação ao público.

Entretanto, a despeito de não haver adotado a mesma técnica legislativa europeia, o texto autoral brasileiro, carece de maior cuidado, no que se refere às definições que lança de imediato, em seu art. 5.º. Pois, delimita no conteúdo do direito de distribuição o direito de colocação da obra à disposição do público, conforme a previsão do inciso IV⁵⁸⁷ deste dispositivo legal; mas, não estampa no conteúdo do direito de reprodução, quando lança a sua definição no inciso VI⁵⁸⁸, do mesmo art. 5.º, o direito de colocação da obra à disposição do pública.

Mais, ainda, neste mesmo dispositivo parece incluir no conteúdo do direito de comunicação da obra ao público, expresso no inciso V⁵⁸⁹, o direito de colocação da obra à disposição do público; já que utiliza a expressão «colocada ao alcance do público».

Acresça-se a tanto, o fato do legislador autoral brasileiro, no art. 30, passar a incluir, no conteúdo do direito de reprodução, o direito de colocação da obra à disposição, quando determina que «o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito»⁵⁹⁰.

Na verdade, o texto autoral brasileiro, ao dispor sobre os poderes de distribuição e comunicação ao público, encerra nestas duas faculdades a compreensão de disponibilidade como uma nova modalidade de utilização. E ao dispor sobre a noção de reprodução, integra

<http://run.unl.pt/bitstream/10362/2499/1/CT_RevIBERAMER.pdf>, acesso em 10.08.2012. Esta também é a posição de Dias Pereira. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 343.

⁵⁸⁷ Art. 5.º «IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁵⁸⁸ Art. 5.º «VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁵⁸⁹ Art. 5.º «V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares»

⁵⁹⁰ BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

no seu conteúdo, a cópia privada digital, já que define o ato de reprodução como aquele realizado por «qualquer forma tangível incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos»⁵⁹¹.

Inclusive, reconhece, o legislador autoral brasileiro, a necessidade da adoção duma definição mutável sobre os modos e os meios de concretização deste ato de reprodução; estabelecendo ao final, a hipótese de incluir «qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido»⁵⁹².

De relevo, é, na lei que tutela os direitos de autor no Brasil, a tarefa de distinção entre os poderes de distribuição e reprodução, na medida em que optou o legislador, como referido acima, por definir estas duas modalidades como atos de disponibilização da obra ao público. Evidente, portanto, que entendeu o legislador haver ato de distribuição, quando mediante uma qualquer espécie de transferência de posse ou propriedade, o autor coloca a obra original à disposição do público. Já o ato de reprodução, para a lei autoral brasileira, concretiza-se quando se copia a obra, em um ou vários exemplares, no total ou em apenas pequenos trechos.

Assim, nas seções seguintes estudar-se-á a cópia, como resultado deste ato de reprodução, que implica no surgimento dum exemplar da obra que replica o original, estando excluído, assim, o contributo intelectual do sujeito que realiza a cópia.

3.1.1 A cópia privada analógica

Na análise do poder de reprodução, como já observado, identifica-se em seu conteúdo a ação de copiar, ou seja, representa este poder a faculdade do autor para realizar ou autorizar a cópia da sua criação intelectual. Ato este que se concretiza através de qualquer mecanismo de reprodução que permita a sua materialização em qualquer suporte, multiplicando-se, portanto a obra em exemplares.

Observe-se, no entanto, que a despeito da garantia da liberdade dos meios de reprodução e dos modos de fixação, encerrados no conteúdo do direito de reprodução, para o ato de copiar, nesta subseção apenas se fará o estudo da cópia analógica, isto é a cópia reprográfica, remetendo-se para a seção seguinte o estudo da cópia digital.

⁵⁹¹ Cf. Art. 5.º, inciso IV, da Lei. N.º 9.610/98.

⁵⁹² Cf. Art. 5.º, inciso IV, da Lei. N.º 9.610/98.

Desde já, no entanto, cabe uma nota a respeito da qualidade da cópia, se analógica ou digital, pois com o advento das novas tecnologias, estas qualidades são mutáveis. O que hoje é analógico, facilmente transforma-se em digital e, o que hoje é digital, com a mesma facilidade transforma-se em analógico.

Os meios e modos para concretizar o ato de reprodução, são de tamanha sorte múltiplos e convergentes, que as suas tradicionais definições, não são adequadas ao que na prática se vivencia. Como por exemplo, a ação de fotocopiar⁵⁹³. Esta ação, tradicionalmente definida, implica «em reproduzir rapidamente (documentos escritos ou impressos) num suporte (papel, acetato, etc.) através de um processo fotográfico executado em máquina adequada (fotocopiadora)»⁵⁹⁴. Mas, se a obtenção da cópia em suporte papel, acetato, portanto, analógico, foi objeto de diversos atos de reprodução, também estes de qualidades distintas? Como se qualifica a modalidade da cópia, segundo o seu suporte de fixação, analógica ou digital?

Com o fim de compreender os diversos problemas que esta multiplicidade de meios de reprodução e modos de fixação, apresentam na definição da qualidade da cópia, bem como do regime jurídico a ser aplicado à mesma, deve-se ir à observação do fato concreto.

Por exemplo, do ato de reprodução realizado por um determinado aluno, que em sala de aula, nervoso com os exames finais, verificando que o seu colega ao lado possuía um exemplar do livro, cujo segundo capítulo, continha a matéria do exame, resolve fotografar com o seu aparelho de comunicação móvel as páginas do mesmo. Na verdade, o estado de nervos do referido aluno, era tamanho, que não lhe permitia aguardar a sua vez, na “fila astronômica” de outros alunos, para utilizar a máquina de fotocópia da universidade. Assim, após fotografar as citadas páginas do livro, deixa-as para imprimir, calmamente no conforto do seu lar, através do seu computador. Para tanto, insere o seu dispositivo móvel com as fotografias em suporte digital, no seu computador, que as processa, imprimindo-as em suporte papel⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Vulgarmente denominado no Brasil como o ato de «xerocopiar», que implica em «fazer a xerocópia de; reproduzir por meio de xerocópia». Xerocopiar. in *Infopédia (em linha)*. Porto: Porto Editora, 2003-2013. Disponível na [www: <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/xerocopiar>](http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/xerocopiar), Consultado em 31.12. 2013.

⁵⁹⁴ Vd. Fotocopiar. in *Infopédia (em linha)*. Porto: Porto Editora, 2003-2013. Disponível na [www: <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/fotocopiar;jsessionid=HR+d7yM7Aq8pS1sW4kLkXw__>](http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/fotocopiar;jsessionid=HR+d7yM7Aq8pS1sW4kLkXw__). Consultado em 31.12. 2013.

⁵⁹⁵ Denote-se que para satisfazer o seu interesse de obter a cópia em suporte papel, das páginas do livro com a matéria do exame, o aluno realiza diversos atos de reprodução; alterando o suporte de fixação da cópia. Na verdade o desejo do aluno era um só «fotocopiar» as referidas páginas do livro. Para assim, muito vivamente, nestas páginas em suporte analógico, realizar inúmeras observações do seu estudo, umas com marcador de texto e outras à mão.

Note-se que, no exemplo, mais de um ato de reprodução foi realizado, utilizando diversos mecanismos de reprodução e suportes para a fixação da obra no meio analógico⁵⁹⁶.

Cumpre-se referir que em termos gerais, não só a norma comunitária e internacional, como também alguns ordenamentos jurídicos nacionais, em matéria de proteção dos direitos de autor e de determinação das exceções e limites, trataram a cópia privada de modo semelhante. Assim, convém, nesta seção, analisar as nuances sobre as especificidades de algumas destas normas a respeito da cópia privada analógica⁵⁹⁷.

Iniciando pela norma comunitária, em sede da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, vale a referência da previsão da cópia reprográfica. Portanto, cabe compreender o que se entende por ato de reprografia, decifrando o seu conteúdo e assim determinar a sua extensão.

Entende esta investigação, com as ressalvas já destacadas acima, que o ato de reprografia tanto pode envolver um escopo mais alargado, como um mais estrito. Ou seja, representar todo e qualquer ato mecânico de cópia de obras intelectuais, como apenas a reprodução mecânica de obras intelectuais escritas⁵⁹⁸. No entanto, para efeitos de melhor delineamento

⁵⁹⁶ Ou então, se este mesmo aluno ao recordar que a sua impressora em casa, está sem tinteiro, solicita a um outro colega, que já se encontrava na “bendita fila”, a fotocópia das referidas fotografias. Para tanto, apressadamente, após fotografar as páginas, envia-as ao colega, através dum aplicativo no seu aparelho móvel de comunicação, para que este imprima as fotografias das páginas do mesmo capítulo do livro. Mais, ainda, este solícito colega, já se encontrava na “bendita fila”, para fotocopiar dois exemplares de mais um outro capítulo da matéria que irá também ser objeto de arguição no mesmo exame; tendo sido este capítulo do livro enviado pelo professor para o e-mail da turma, que um outro colega imprimiu e emprestou a esta para fotocopiar. Sem embargo, esta realidade apresenta uma forte mudança dos paradigmas de interação humana, que não atende mais às tradicionais leis da física, e faz emergir uma nova geração, intitulada de geração “C”; ou seja, geração da convergência e distribuição do conhecimento humano de forma ampla, múltipla, instantânea e eficaz. Ronaldo Lemos inclusive aponta que a comunicação entre as pessoas está, guardada as suas devidas proporções, ao mesmo nível das camadas de comunicação entre os sistemas. Assim, os sistemas de comunicação são construídos sustentados em três camadas; a primeira camada é a física; a segunda é a lógica e a terceira está integrada pelo conteúdo. CF. LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

⁵⁹⁷ As particularidades dalguns destes regimes jurídicos de liberdade de reprodução para a cópia privada, ainda serão enfrentados nesta terceira parte do estudo, momento em que se discutirá os problemas que as distinções de regimes traz para a circulação da obra.

⁵⁹⁸ Cf. Carlos Bittar que ao fixar o sentido e o alcance da expressão «reprografia», de logo enfatiza que se trata dum «neologismo» que para ele foi resultado do crescente desenvolvimento tecnológico. Para o autor, pode-se atribuir à expressão dois sentidos, um amplo e outro restrito. Assim em sentido amplo a expressão representa qualquer processo que faculta a reprodução mecânica de escritos, imagens e sons. De sorte que para o autor nesta definição estariam inclusos «todos os diferentes mecanismos de multiplicação de obras de engenho, como os de: eletrocópias, diazocópias, termocópias, microcópias, gravações eletrônicas (por utilização de fitas e videofitas) e outros.» Já em sentido restrito a expressão «reprografia», para Carlos Bittar, compreenderia, tão somente a reprodução mecânica de escritos. Exemplificando esta definição o autor esclarece que nesta qualidade apenas se encontrariam as «obras intelectuais escritas, pertencentes aos domínios literário, científico e artístico». BITTAR, Carlos. **Reprografia e Direito de Autor: Estado atual da questão**. in Revista Informação Legislativa, ano 20, n.º 80, out./dez., p. 358-368, 1983, Brasília. Disponível em

deste estudo, e dado a multiplicidade de meios e modos que facultam a reprodução, nesta seção apenas será analisado o regime jurídico da cópia analógica, compreendendo, tão-somente o ato de reprodução reprográfico, em sentido estrito.

Disciplinou o legislador comunitário, nesta matéria, que poderão os Estados-Membros prever exceções ou limitações ao direito de reprodução⁵⁹⁹, atinentes «à reprodução em papel ou suporte semelhante, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes, com excepção das partituras, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa.»⁶⁰⁰

Vale a referência que o legislador comunitário, numa redação confusa, faz uso do termo reprografia, apenas em seu considerando 37, autorizando os Estados-Membros, que em seus ordenamento jurídicos internos disciplinam especificamente a cópia reprográfica, a estabelecerem exceções ou limitações para a realização deste ato⁶⁰¹.

Seguindo esta orientação do legislador comunitário a norma autoral português determina a licitude das reproduções realizadas «(...) para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos (...)»⁶⁰².

Aponte-se, que em ambas as disposições os mesmos requisitos cumulativos, apresentam-se como imperativos para o reconhecimento do âmbito privado. Isto é, na redação dos dois

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181999/000866201.pdf?sequence=1>>, acesso aos 20.12.2013.

⁵⁹⁹ O direito de reprodução, encontra-se previsto no art. 2.º da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que o disciplina como «(...)o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte (...)» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁶⁰⁰ Alínea a), n.º 2, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁶⁰¹ *Verbis*: « Quando existem, os regimes nacionais em matéria de reprografia não criam entraves importantes ao mercado interno. Os Estados-Membros devem ser autorizados a prever uma excepção ou limitação relativamente à reprografia.»

⁶⁰² Alínea a), n.º 2, do art. 75.º, do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal.** Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

dispositivos verifica-se a exigência da espécie do suporte «papel ou suporte similar» e da técnica utilizada «fotografia ou processo com resultados semelhantes». Mas que abre espaço, para dúvidas, pois que a técnica fotográfica exigida, como referido, no exemplo acima, pode resultar numa reprodução de qualidade digital.

Muito embora, se verifique a identidade destes requisitos, nos textos legais acima citados, observe-se que o legislador português, inseriu mais uma exigência para a autorização do ato de reprodução; isto é, que seja esta realizada «para fins exclusivamente privados».

Da análise destes dois dispositivos legais, verifica-se que a Diretiva omitiu-se sobre o fim do regime da reprografia, conferindo, desta sorte, autorização para que os Estados-Membros legislassem sobre a matéria em seus ordenamentos jurídicos internos. Assim, poderiam estes, inscrever, em suas leis nacionais, um regime jurídico que ao autorizar tais atos de reprodução, nesta modalidade, substituindo, deste modo, o direito de exclusivo pela compensação equitativa. Já o legislador autoral português, na alínea a), do n.º 2, do art. 75.º, preferiu eleger à legalidade da cópia reprográfica, tão-somente quando esta for realizada com fins exclusivamente privados⁶⁰³.

Sem embargo, aparentemente o legislador autoral português, ao exigir que a cópia reprográfica, tenha fins exclusivamente privado, amplia os contornos do exclusivo. Pois que na primeira parte deste dispositivo, faz a ressalva do fim exclusivamente privado, mas na segunda parte, para os demais atos de reprodução, apenas impõe que estes sejam realizados para o uso privado, com ausência de finalidade comercial, seja direta ou indireta.

Desta sorte, estabelece-se uma distinção de regimes jurídicos, consante o meio de fixação da obra reproduzida para o uso privado. Um regime mais rígido para a cópia analógica, pois amplia o espaço de atuação do exclusivo; e, outro mais brando, para a cópia digital.

A razão desta diversidade de tratamento jurídico, parece tocar de perto na qualidade do sujeito beneficiado pelo ato de reprodução para uso privado. Observe-se que o legislador português, quando após excluir as partituras; utiliza a expressão «bem como», distinguindo, aparentemente os atos de cópia levados a cabo por meio reprográfico, «papel ou suporte similar» e os demais atos de reprodução «em qualquer meio realizada por pessoa singular».

⁶⁰³ *Verbis*: «2. (...) a) A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos;»

Registre-se, assim, que na primeira parte o legislador autoral português, omite-se quanto à qualidade do sujeito que realiza a cópia reprográfica, mas, na segunda parte, ressalta a qualidade do sujeito, autorizando os demais atos de reprodução pela pessoa singular.

Com algumas ressalvas⁶⁰⁴, é possível, desta forma admitir que os atos de reprodução para uso privado realizados por meios reprográficos, que também a pessoa coletiva, esteja autorizada à concretizar estes atos⁶⁰⁵. Mais uma vez, frise-se, que em razão desta autorização o legislador autoral português amplia o âmbito do exclusivo, restringindo o espaço de liberdade, apenas aos casos nos quais se identifique o fim exclusivamente privado. Por isso, é razoável que se discuta a extensão deste fim exclusivamente privado.

Muito embora, a pessoa jurídica exerça, em geral, uma atividade, que em princípio não se afigura no uso privado; uma vez que o ente é coletivo. É possível, em concreto vislumbrar-se que estes entes coletivos, realizem atos de reprodução para fins privados. Como na hipótese da distribuição entre os funcionários da empresa, da fotocópia dum manual⁶⁰⁶, que não se destina a atividade fim ou meio da pessoa coletiva; ou seja, não se reporta à sua atividade econômica externa, restringindo-se, portanto, ao uso interno⁶⁰⁷.

Outrossim, refira-se a necessidade da previsão normativa ser mais exata quanto à identificação do beneficiário do ato de reprodução para uso privado. Deste modo, convém

⁶⁰⁴ Por forma a evitar dualidades de interpretações quanto ao sujeito que realiza o ato de reprodução para uso privado, conviria discutir-se a alteração deste dispositivo, esclarecendo de modo inequívoco quem são os beneficiários dos atos de reprodução para uso privado.

⁶⁰⁵ Note-se que Alberto Vieira discorda frontalmente desta interpretação, referindo que o uso privado «pertence somente às pessoas singulares». VIEIRA, José Alberto Coelho. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v. VIII, p. 421-467. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 451.

⁶⁰⁶ Cf. Ana Ramalho, que fundamentando o exemplo, acrescenta que tanto os atos de reprodução por meios reprográficos levados a cabo por pessoas jurídicas de direito privado, com fins exclusivamente privados ou por pessoas singulares, para uso privado, «pela impossibilidade prática do seu controlo», justificam a previsão da exceção. RAMALHO, Ana Bárbara Quintelo Ribeiro Neves. **Direito de Autor e Cópia Privada. Dissertação de Mestrado em Direito Intelectual**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, p. 64.

⁶⁰⁷ No Brasil, a 3.^a Câmara de Direito Civil, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, negou o pedido de indenização, na ação promovida pela Microsoft Corporation contra uma malharia, que segundo a Microsoft havia realizado cópias ilegais de programas licenciados para a empresa. Na fundamentação da decisão, entendeu o Relator, Des. Marcus Tulio Sartorato, após análise do exame pericial, requerido pelo Tribunal, que não ocorreu uso indevido dos programas de computador pela empresa, mas apenas cópias. E justificou: «Dessa forma, não existem quaisquer indícios de que a ré comercialize programas de computadores copiados, o que seria a prática de contrafação, mormente por tratar-se de empresa do ramo da malharia», decidindo então, «que a mera reprodução de programa de computador regularmente adquirido, desde que para uso próprio ou para necessidades específicas do usuário, não caracteriza a prática de pirataria, a teor do art. 6º da Lei n.º 9.609/98.». BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3.^a Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato. **Apelação Civil n.º 2007.036067-7**, 4/11/2008. Disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000A7520000&nuSeqProcessoMv=null&tipDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1201240&pdf=true>>.

discutir uma melhor precisão do texto, esclarecendo a amplitude ou mesmo restrição dos sujeitos beneficiados pela cópia privada.

Afigura-se, também, de ressalva a disposição contida no art. 81.º da lei autoral portuguesa, quando esta reserva o ato de reprodução para uso privado para as «outras utilizações»; já que se omite, na sua alínea b), quanto a qualidade do sujeito beneficiado pela cópia com fim exclusivamente privado⁶⁰⁸.

Importa também, em matéria de cópia reprográfica verificar que a ressalva do ato de reprodução para uso privado, não alcança as partituras. Os motivos que ensejam esta ressalva, muito provavelmente prendem-se com o fato de menor oferta e procura por este bem intelectual.

Toadvia, registre-se que a ressalva para a impossibilidade da cópia privada das partituras, aparentemente, ser apenas autorizada para os atos de reprodução que são levados pelos demais meios de reprodução. Portanto, estão excluídos os atos de reprografia, da ressalva destacada no texto autoral português.

Esta interpretação, advem dos mesmos fundamentos já lançados em discussão a cima, que distingue dois regimes jurídicos de cópia privada a depender da qualidade do meio que a execute, ou reprográfico ou qualquer outro suporte. Por isso como a exclusão da ressalva para as partituras encontra-se na primeira parte da alínea a), n.º 2, do art. 75.º do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal, apenas a cópia reprográfica das partituras estaria impedida; autorizada, por certo, a cópia pelos demais meios.

Ainda, no que concerne à cópia reprográfica, vale de nota alteração do regime jurídico da cópia privada em Espanha, empreendida aos 08.12.2012, que regulou o procedimento de pagamento da compensação equitativa pela cópia para uso privado às custas do orçamento do Estado⁶⁰⁹, já que modificou substancialmente a noção de cópia privada disposta na lei espanhola de propriedade intelectual.

⁶⁰⁸ *Verbis*: «b) Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁶⁰⁹ O Real Decreto 1657/2012, na verdade tem como objetivo principal regular o regime jurídico da compensação equitativa pela cópia para uso privado. Esta norma, foi apresentada, pelo Estado espanhol substituindo o particular pelo Estado como devedor desta prestação. ESPANHA. **Real Decreto 1657/2012**, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con

Observe-se, desde logo, que a lei espanhola de propriedade intelectual não apresenta um regime jurídico para a cópia reprográfica, como fez o Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal, nos termos da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Assim apresenta no n.º 2, do seu art. 31, requisitos cumulativos para a legalidade do ato de reprodução para o uso privado. Ou seja, a exigência de que a cópia seja realizada por pessoa física, para o seu uso privado, a partir de obra a que legalmente teve acesso, desde que este ato não se destine a uma utilização coletiva, nem lucrativa, sem prejuízo da compensação equitativa devida por este uso⁶¹⁰.

Entretanto, a referida alteração do regime jurídico da cópia privada em Espanha, acaba por estabelecer, um regime diferenciado para o ato de reprodução, especialmente o realizado por meio reprográfico. Aparentemente o legislador espanhol, decidiu relegar à ilegalidade, a cópia realizada em estabelecimentos que se dedicam à realização de reproduções para o público, ou que disponibilizem ao público equipamentos, aparelhos e materiais para a sua realização; considerando, assim este ato de reprodução fora do uso privado⁶¹¹. Ressalvando apenas os atos

cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. BOE n.º 295, de 8 de diciembre de 2012 (BOE-A-2012-14904). Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-14904-consolidado.pdf>>.

⁶¹⁰ *Verbis*: «(...) 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.» Trad. Livre: «Não há necessidade de autorização do autor a reprodução em qualquer meio, de obras já divulgadas, quando realizada por uma pessoa singular para o seu uso privado, a partir de obras que tenha acessado legalmente e a cópia obtida não seja objeto de uma utilização coletiva, nem lucrativa, sem prejuízo da compensação equitativa, prevista no artigo 25, observando a aplicação à tais obras das medidas referidas no art. 161. Excluem-se das previsões deste dispositivo os bancos de dados eletrônicos e, em aplicação do artigo 99.a), os programas de computador » ESPANHA. **Real Decreto Legislativo 1/1996**, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Ministerio de Cultura. BOE n.º 97, de 22 de abril de 1996 (BOE-A-1996-8930). Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>>.

⁶¹¹ Conforme a disciplina do n.º 4, do art. 3.º do Real Decreto 1657/2012, de 7 de dezembro, *verbis*: «4. A los efectos de lo dispuesto en el presente real decreto, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las siguientes: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización. b) Las que sean objeto de utilización colectiva o lucrativa, o de distribución mediante precio. c) Las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas.» Trad. Livre: «(...) 4. Para os efeitos das disposições do presente real decreto, e sem prejuízo do previsto no art. 37 do texto consolidado da Lei de Propriedade Intelectual, não se consideram reproduções para uso privado as seguintes: a) As efetuadas em estabelecimentos dedicados à realização de reprodução para o público, o que tenham a disposição do público os equipamentos, máquinas e materiais para a sua realização. b) As que sejam objeto de utilização coletiva ou lucrativa, ou de distribuição mediante preço. c) As realizadas mediante equipamentos, máquinas e suportes de

de reprodução realizados ao abrigo do art. 37, que autoriza em geral a cópia privada para fins de investigação ou conservação, quando realizada sem fins lucrativos, pelos museus, bibliotecas, etc.

Note-se que a lei não é exata na previsão sobre os atos de reprodução por meios reprográficos, mas, resta claro o âmbito de aplicação da norma. Basta, citar o exemplo dos estabelecimentos de prestação de serviços de fotocópias.

Cabe, inclusive, a discussão sobre a legalidade do ato de reprodução realizado pelo público das entidades, referidas no art. 37 da lei espanhola de propriedade intelectual. Na medida em que, com a nova previsão do regime da cópia privada, contida no n.º 4, do art. 3.º do contida no n.º 4, do art. 3.º do Real Decreto 1657/2012, por deveras tortuosos são os contornos da legalidade do ato de reprodução, mesmo aqueles realizado nos termos do art. 37 da lei espanhola de propriedade intelectual.

Esta disposição, particularmente no que concerne ao regime jurídico da cópia privada reprográfica, determina, que não se consideram reproduções para uso privado, todos os atos de reprodução, efetuados em estabelecimentos dedicados à realização de reprodução para o público, ou que tenham a disposição do público os equipamentos, aparelhos e materiais para a sua realização.

Assim, basta que se ponha em análise fatos cotidianos, para a discussão, sobre a legalidade da cópia reprográfica acalorar-se, com a nova disciplina, apresentada pelo Real Decreto 1657/2012, no n.º 4º, do seu art. 3.º.

Por exemplo, quando o ato de reprodução com o fim de investigação seja realizado por um funcionário, numa determinada biblioteca, que disponibiliza máquinas de fotocópias ao público. Ou noutra hipótese, quando este mesmo ato de reprodução com finalidade de investigação seja concretizado por um sujeito do público utilizador dos serviços desta biblioteca. Mais, ainda, discuta-se o ato de reprodução com fim de investigação, quando realizado pelo funcionário desta mesma biblioteca, destinando-se, todavia, a cópia

reprodução digital que não tenham sido postos à disposição dos utilizadores privados e que estejam manifestamente reservados a utilizações distintas das cópias privadas.» ESPANHA. **Real Decreto 1657/2012**, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. BOE n.º 295, de 8 de diciembre de 2012 (BOE-A-2012-14904). Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-14904-consolidado.pdf>>.

reprográfica, em particular, para um sujeito do público, utilizador dos serviços da referida biblioteca.

O problema apresenta-se na medida em que se cumulam as disposições contidas no n.º 4, do art. 3.º do Real Decreto 1657/2012 e do n.º 1, do art. 37, da lei espanhola de propriedade intelectual. Pois, que este dispositivo, n.º 1, do art. 37, da lei autoral de Espanha, não especifica se os atos de reprodução reprográfica empreendidos por estes entes, podem ser realizados por sujeitos que utilizam os serviços destas entidades. Mais! Observe-se que não pode ser outra a interpretação, na medida em que o n.º 3, deste mesmo dispositivo, ressalva apenas para o público utilizador dos serviços destas entidades os atos de comunicação e disposição, não se referindo aos atos de reprodução⁶¹².

Quanto ao regime de reprodução para reprografia o legislador autoral italiano optou por autorizar apenas a cópia de uma única obra ou de parte desta, desde que para uso pessoal do leitor, limitando ainda a técnica de reprodução. Prescreve então, que a cópia deve ser procedida à mão ou através de meio inadequado para a comercialização ou disseminação da obra⁶¹³.

⁶¹²*Verbis*: «Artículo 37. Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos. 1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación. (...) 3. No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa.» Trad. Livre: «Artigo 37. Reprodução, empréstimo e consulta de obras mediante terminais especializados em determinados estabelecimentos. 1. Os titulares de direitos de autor não podem opor-se às reproduções das obras, quando estas se realizem sem fins lucrativos pelos museus, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas ou arquivos de titularidade pública ou integradas em instituições de caráter cultural ou científico e a reprodução se realiza exclusivamente para fins de investigação ou conservação. (...) 3. Não necessita de autorização do autor a comunicação de obras e a sua disposição a pessoas do público para efeitos de investigação, quando se realizem mediante a rede fechada e interna, através de terminais especializados instalados para o efeito nos estabelecimentos citados no número anterior e sempre que tais obras integrem as coleções do próprio estabelecimento e não sejam objeto de condições contratuais ou de licença. Tudo isso sem prejuízo do direito do autor de receber uma remuneração equitativa.» ESPANHA. **Real Decreto Legislativo 1/1996**, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Ministerio de Cultura. BOE n.º 97, de 22 de abril de 1996 (BOE-A-1996-8930). Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>>.

⁶¹³ Refere o dispositivo in verbis: «Art. 68. 1. È libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico.» Tradução livre: «Art. 68. É livre a reprodução singular duma obra ou parte dela para uso pessoal do leitor, realizada à mão ou através de mecanismo de reprodução não idôneo para a comunicação ou difusão da obra ao público.» ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti**

Saliente-se que diferentemente dos demais legisladores autorais o italiano no caso da cópia reprográfica, é bastante firme na previsão⁶¹⁴, dum regime jurídico próprio para os atos de reprodução por meio de reprografia; desde que o ato seja realizado pelo leitor da cópia, delimitando inclusive o mecanismo autorizado para efetuar-se a reprodução.

Compreende-se, desta redação que o regime especial de reprografia destina-se exclusivamente para as obras literárias e, cuidadosamente, intenta expurgar do campo da licitude qualquer mecanismo tecnológico, que possibilite massivamente a reprodução.

Frise-se, ainda, a importância de se decifrar o sentido da disposição «fatta a mano», ou seja feita à mão, inserida no n.º 1, do art. 68, pelo legislador autoral italiano. Numa interpretação, bastante restritiva, conclui-se que o regime da cópia reprográfica, estaria tão-somente limitado à cópia realizado em manuscrito. Todavia, de fato não é este o sentido da lei.

De qualquer sorte, a redação do art. 68.1 da lei autoral italiano, não é clara sobre a qualidade destes mecanismos, considerados adequados ao regime da cópia reprográfica. Certeza, apenas existe quanto a exclusão dos mecanismos de reprodução digital.

Vale de nota, o cuidado deste dispositivo em determinar exatamente o sujeito autorizado a realizar a cópia reprográfica, já que a norma refere-se à figura do «leitor», portanto, apenas pessoa singular. Como também em estabelecer que a cópia reprográfica, apenas poderá ser realizada num único exemplar, uma vez que utiliza a expressão «riproduzione di singole», ou seja reprodução singular.

Importa, ainda, destacar que a legislação autoral brasileira não apresenta um regime jurídico próprio para a cópia reprográfica. E ao estabelecer a permissão para copiar independentemente da autorização do autor da obra determina que a violação ao direito autoral não ocorrerá desde que o ato de reprodução consista na cópia realizada em apenas um exemplar, em pequenos trechos, pelo próprio copista, destinando-se ao seu uso privado, sem intuito de lucro⁶¹⁵.

connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64). Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=301483>.

⁶¹⁴ Conforme autorizado pelo legislador comunitário na Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

⁶¹⁵ É o que dispõe o art. 46, no seu inciso II, leia-se, *in verbis*: «Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

Ademais, algumas vicissitudes, a respeito da sistemática brasileira que define a noção de reprodução para uso privado, que serão mais à frente discutidas, devem já nesta seção ser alvo de algum enfrentamento.

Em especial, a referência do texto legal ao ato de reprodução, de modo bastante alargado, compreendendo, assim, não somente a reprodução analógica, como também, a digital. Observe-se que o legislador autoral brasileiro optou por definir o ato de reprodução de modo genérico, não apresentando distinção entre o meio analógico e o digital; pois considerou integrar este ato a cópia em «qualquer forma tangível», ou em «qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido»⁶¹⁶.

Acresça-se, ainda a esta, uma outra opção do legislador autoral brasileiro, que resolveu definir as exceções e limites ao direito de autor do modo negativo, informando, portanto quais são os atos de reprodução que não constituem violação aos direitos do autor. Contrariamente, por exemplo, a opção do legislador autoral português que opta por elencar as hipóteses de reprodução autorizadas.

Sem embargo, o texto autoral brasileiro, lança a oportunidade de se definir, a contrário senso, quais então são os atos de reprodução autorizados a rigor dos critérios que a lei determina. Note-se, inclusive, que a determinação destes critérios, não se acomoda apenas na previsão da lei⁶¹⁷. É possível estender-se a licitude de atos de reprodução que não se encontram descritos na norma, dado a aplicação da lei autoral em conformidade com o texto constitucional brasileiro que determina a obrigação do exclusivo autoral, perseguir a sua função social⁶¹⁸.

⁶¹⁶ «VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.» BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁶¹⁷ É possível a defesa deste entendimento, na medida em que a própria disposição, do inciso VIII, contida no art. 46 da lei autoral brasileira, expressamente consagra a necessidade de adequação do ato de reprodução à regra dos três passos, definida, de modo geral, no n.º 2, do art. 9.º, da Convenção de Berna. *Verbis*: «VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Claro está que aparentemente a remissão à regra dos três passos, apenas se faz em sede deste inciso VIII, que determina tão somente a reprodução de uma obra em outra. Mas é possível num esforço de interpretação, compreender que o legislador brasileiro, optou por perseguir esta regra, para o seu ordenamento interno, na medida em que adotou a sistemática da União de Berna.

⁶¹⁸ Esta discussão já fora realizada na segunda parte desta investigação. Cumpre-se, todavia, referir que mais a frente neste estudo pretende-se retornar ao tema de modo crítico, em sede de verificação dos limites do direito de autor.

Outrossim, recorde-se a necessidade do estudo densificado sobre a cópia digital, o que se fará na seção seguinte, destacando-se, principalmente, o que o regime jurídico da cópia privada entendeu ser melhor especificado para o ato de reprodução digital para uso privado.

3.1.2 A cópia privada digital

Foi possível, nesta investigação, já se constatar, que o surgimento dos novos mecanismos de reprodução de fato impulsionou os atos de reprodução, em especial aqueles que se executam em ambiente digital. Desta realidade dinâmica, apresentou-se para o direito o problema de compreender estes novos atos de reprodução, bem como o reflexo dos mesmos para a tutela autoral. Nesta senda, iniciou-se o debate sobre a adaptação dos instrumentos legais à esta nova realidade dinâmica⁶¹⁹.

Por isso, é que nesta subseção cumpre-se estudar o resultado do ato de reprodução que utilizando de qualquer meio de reprodução, fixa a obra reproduzida num suporte digital qualquer.

Advirta-se desde logo, que o regime jurídico da cópia privada digital, é anterior às atualizações dos ordenamentos jurídicos nacionais, pois já se encontrava inserto, nos instrumentos legais internacionais⁶²⁰, como regra geral de exceção ou limite a ser perseguida

⁶¹⁹ Observe-se que este cuidado, deve ser assumido por cada um dos Estados que adotaram os primados unionistas da Convenção de Berna, por forma a inserir concretamente este espaço de liberdade para reprodução, no ordenamento jurídico interno. Denote-se, assim, que a Convenção de Berna, transferiu para os Estados nacionais a responsabilidade pela escolha da forma em que se dará a construção nas leis nacionais de tutela dos direitos de autor deste espaço de liberdade para reprodução. Trata-se esta técnica legislativa, dum excelente mecanismo de garantia de respeito aos diversos interesses que convivem neste mesmo espaço de liberdade para reprodução. Reconhecendo-se assim as particularidades internas de cada sistema jurídico de proteção ao exclusivo do autor, bem como da valoração e dignificação do indivíduo enquanto utilizador de obra intelectual protegida pelo direito de autor.

⁶²⁰ A exemplo da previsão contida no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio. «art. 13 Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito». ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio**. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>. E ainda da disposição expressa na Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, na alínea, n.º 2, do seu art. 5.º «2. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações ao direito de reprodução previsto no artigo 2.º nos seguintes casos: (...); b) Em relação às reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação

pelos Estados-Membros em suas ordens jurídicas internas, determinado a adaptação da tutela jurídica autoral aos novos mecanismos de reprodução. E, como é óbvio, mais remotamente, esta adaptação ocorreu através da cláusula geral do fair use / fair dealing, dado o seu carácter aberto, nos sistemas jurídicos anglosaxões⁶²¹.

A fundamentação para a previsão de tais exceções ou limites ao exclusivo autoral, variam de acordo com o contexto histórico e tecnológico no qual são estabelecidas, obrigando-se, quase sempre, a adaptações aos textos legais, especialmente quando tais exceções ou limites procuram não restringir o âmbito de extensão do exclusivo patrimonial do autor⁶²².

de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6.o, à obra ou outro material em causa». EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁶²¹ Como é exemplo o Copyright Act de 1976, em sua seção 107, que prescreve: «§ 107 Limitations on exclusive rights: Fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include — (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors». Tradução livre: «§ 107 Limitações aos direitos de exclusivo: Uso Justo. Apesar das previsões das seções 106 e 106A, a utilização razoável duma obra sob a tutela autoral, incluindo a sua reprodução em cópias ou registros sonoros ou por qualquer outra forma especificada nesta seção, para fins de crítica, comentário, reportagem de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula), ou investigação não se configura numa infração ao direito de autor. Para determinar se a utilização feita duma obra para um caso particular é considerado um uso justo, os fatores a serem considerados são os seguintes: 1) o propósito e o tipo de utilização, incluindo se o mesmo é de natureza comercial ou educacional sem fins lucrativos; 2) a natureza da obra copiada; 3) a quantidade e proporcionalidade da obra copiado em relação ao todo; e o efeito do uso relativamente ao mercado potencial ou valor da obra sob o direito de autor; e 4) o fato duma obra ainda não ter sido publicada não será obstáculo à consideração do uso justo, se forem devidamente considerados todos os fatores acima». ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Copyright Act of 1976.** Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Disponível em <http://www.copyright.gov/images/img_icon_pdf_small.gif>.

⁶²² Porquanto, não só a defesa dum espaço livre para uso privado deve fincar-se em princípios que estimulem as práticas das virtudes entre os indivíduos; mas também sustentar a própria razão da fundamentação da liberdade de reprodução, no respeito aos direitos dos indivíduos, garantindo respeito e cooperação na concretização da dignidade da pessoa humana. De sorte que partindo desta compreensão da necessidade de fundamentar-se a liberdade de reprodução em valores e princípios que respeitem as particularidades de cada indivíduo, de modo a garantir-lhes uma vida com dignidade, é se refere a razão ou razões das diversas previsões normativas que sustentam o espaço de liberdade para reprodução. Óbvio está que a temática ora proposto deve levar em consideração os distanciamentos reais e concretos entre os diversos espaços de liberdade para reprodução. Posto que a despeito deste espaço de liberdade ser garantido como primado internacional pelo n.º 2, do art. 9.º, da Convenção de Berna, o mesmo deve levar em consideração o nível de desenvolvimento das economias nas quais estes espaços de liberdades encontram-se fincados. Aponte-se que este dispositivo, da Convenção estampa a famosa regra dos três passos, que nesta investigação, será mais à frente estudada. In verbis, leia-se o dispositivo unionista: «2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.» BERNE CONVENTION. **Berne Convention for the**

De sorte que não é possível elencar num rol exaustivo todas as justificativas que prevêm as exceções ou limites ao direito de autor, pois a depender da ordem jurídica interna na qual estão inseridas, incorporam estas conteúdos diversos. Todavia, podem ser destacadas, neste contexto, as mais comuns, a exemplo da falha de mercado, a proteção da privacidade e da intimidade e a simples utilização da obra⁶²³.

Some-se a esta dificuldade de fundamentação, a constante alteração promovida pelo surgimento das novas tecnologias digitais, que facultam a realização de atos de reprodução, gerando cópias de perfeita qualidade em múltiplos formatos. Como, por exemplo, as cópias realizadas em suporte tangível, normalmente em CD ou DVD, e as cópias realizadas em suporte intangível, geralmente realizadas pelos computadores e armazenadas de forma

Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>.

⁶²³ Convém, apontar que as economias dos Estados que assumiram o compromisso de transposição para a sua sistemática jurídica interna, encontram-se em níveis de desenvolvimento distintos. Esta diversidade de particularidades econômicas internas, é de fundamental importância, no momento de identificar-se quais as razões que sustentam a existência da liberdade de reprodução, limitando o exercício do exclusivo de exploração econômica do autor. Sem embargo, as economias mais avançadas em tempos produziram duas grandes mudanças paralelas com o fito de atenuar as limitações impostas pelo mercado de produção na procura de núcleos liberais de atuação. A primeira mudança substancial, ocorreu na alteração de valor econômico dos bens de produção. Ou seja, trata-se da valorização da informação, que transforma a economia, dantes fulcrada na produção, utilização e transmissão de bens materiais, para uma economia centrada na informação, na produção de bens culturais e imateriais. Acontece que, segundo a definição de Throsby, o valor cultural pode ser puramente subjetivo, transformando o mesmo num mero subconjunto de valor econômico. Assim, esta realidade apresenta mais uma razão para o indivíduo valorar economicamente um bem, diversamente de outro indivíduo. THROSBY, David. **Economics and Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. O autor aponta que: « More particularly, a number of economists have tried, explicitly or implicitly, to comprehend what could be termed the 'cultural context' of economic activity ever since Adam Smith laid the foundations for modern economic science in the late eighteenth century. But in the late twentieth century, with increasing refinement and specialisation of the tools of neoclassical economics and a deepening understanding of culture in a variety of discourses from sociology to linguistics, a widening gap between the two areas seems to have developed. » Tradução livre: «Mais particularmente, vários economistas têm tentado, explicitamente ou implicitamente, compreender o que poderia ser chamado de "contexto cultural" da atividade econômica desde que Adam Smith lançou as bases para a ciência econômica moderna no final do século XVIII. Mas no final do século XX, com requinte e especialização crescente das ferramentas da economia neoclássica e uma compreensão mais profunda da cultura numa variedade de discursos da sociologia para a lingüística, um fosso cada vez maior entre as duas áreas parece ter desenvolvido. » THROSBY, David. **Economics and Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, prefácio, p. XII. Por isso é que fundante apresentaram-se as observações realizadas na primeira parte desta investigação que demonstraram em boa verdade econômica, que identificar o sentido da expressão valor é referir o quanto os consumidores estão dispostos a pagar a mais por um bem. Note, que a segunda alteração substancial na economia, como também já estudado na primeira parte deste estudo, implicou necessariamente na redução dos custos de produção, decorrente da evolução das novas tecnologias de informação e comunicação. Os processos de produção tornaram-se mais rápidos, eficientes, otimizando os custos desta tarefa de produção, especialmente pelo fato da utilização de novos mecanismos de comunicações e conexão, com o advento da world wide web. Walter Benjamin lembra que a obra intelectual sempre fora passível de reprodução; apontando a possibilidade de tudo o que for produzido pelo indivíduo poder ser copiado por um outro, associando esta ação à arte de imitação. O autor com bastante lucidez afirma neste sentido que: «Essa imitação era praticada por discípulos, em seus exercícios, pelos mestres, para a difusão das obras, e finalmente por terceiros, meramente interessados no lucro. Em contraste, a reprodução técnica da obra de arte representa um processo novo, que se vem desenvolvendo na história intermitentemente, através de saltos separados por longos intervalos, mas com intensidade crescente. » BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28, São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 4.

permanente ou temporária no seu disco rígido, ou ainda mediante os prestadores de serviços na internet, que facultam a sua transmissão digital, ou mesmo o armazenamento em seus servidores.

Mais ainda, é possível hoje através dum único e diminuto aparelho móvel, acessar aos serviços de telefonia, de transmissão de sinais de TV, de radiodifusão e de satélite, facultando assim a circulação de informações e a oferta de inúmeros serviços eletrônicos (áudio, vídeo, texto e dados), todos convergentes, apesar das suas diferentes combinações e integrações, para a linguagem multimídia⁶²⁴.

Denote-se que esta nova dinâmica tecnológica e social apresentada pela cultura do remix⁶²⁵, não se trata, na verdade duma novidade; mas, sim duma alteração sem igual na estrutura dos mecanismos tecnológicos de informação e comunicação. Esta alteração permite a qualquer um, produzir, criar, transmitir, receber, adicionar, interagir e colaborar com a informação, já produzida, em qualquer lugar, a qualquer tempo, sem alteração na sua substância, ou seja no seu conteúdo; facultando-se, todavia, alteração do corpo, para qualquer formato, em que se exterioriza esta informação⁶²⁶.

⁶²⁴ Tudo isso, franqueado pelo uso das tecnologias de digitalização, que agupam sistemas, multiplicam canais, e facultam a utilização simultânea e instantânea das informações e serviços ofertados, disponíveis na rede, que utiliza uma mesma estrutura de transporte. Como informa David Yoffie, a era da convergência digital, corresponde àquela em que o computador, o telefone e a televisão, não mais se configuram em produtos distintos, exercendo cada um separadamente a sua função particular. Em qualquer lugar, seja em casa, no escritório, na sala de aula, estes novos mecanismos oriundos da convergência digital, possibilitam o aumento das comunicações, do aprendizado, do lazer e do entretenimento. Tudo isso num ambiente de total interação, seja utilizando o vídeo on demand, a televisão interativa, a internet. Cf. YOFFIE, David B. **CHESS and Competing in the Age of Digital Convergence**. in *Competing in the age of digital convergence*. p.1-36, David Yoffie ed. Harvard: Harvard College, 1997.

⁶²⁵ Estes novos critérios para a criação intelectual, são resignificados pelo fenômeno da cultura do remix, também conhecida como cibercultura; que importa na possibilidade de apropriação e criação livre da informação. Ou seja, é o ato de apropriação da informação num determinado formato ou tecnologia, e subsequente potencialização da eficiência de transferência e de reprodução audiovisual, agregando-se uma nova ferramenta digital. O escopo deste ato introduzido pela cultura do remix afirma-se no seu lema que propaga o desejo da informação pretender-se livre. Importa, assim sustentar processos de criação e favorecimento de inteligências coletivas. Lessig adverte que não há novidade na cultura do remix; o que é novo é a técnica e a facilidade de compartilhamento do bem intelectual. E, é esta facilidade que convida de modo muito convincente a sociedade a participar ativamente deste fenômeno de compartilhamento. LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008. Vd. Especialmente p. 82-83. Pierre Lévy destaca que se deve adicionar ao requisito da instrumentação técnica, o projeto para um espaço de conhecimento, cujo objetivo é a recriação do vínculo social com base no aprendizado recíproco. O autor pontua também como óbvio, não se destacar a inteligência coletiva, puramente como um objeto cognoscitivo. LÉVY, Pierre. **Collective Intelligence: Mankind's Emerging World in Cyberspace**. Trad. Robert Bononno. Cambridge: Helix Books, 1997.

⁶²⁶ Portanto, trata-se duma realidade não só tecnológica, mas de sobremaneira comportamental, para a qual a ciência jurídica deve apresentar respostas equilibradas, conformando os diversos e distintos interesses em causa. Ou seja, ofertando um espaço livre para reprodução, dado a inevitabilidade não só tecnológica, mas também cultural, de controle das ações de compartilhamento e de remix, próprias da cibercultura. Muito próximo do que esta investigação pretende discutir é o curioso fato narrado por Lessig quando em viagem aérea e sentado numa

Por isso, a importância de se compreender a amplitude dos atos de reprodução em ambiente digital, especialmente pela circulação de obras que somente existem no meio digital, e outras que circulam tanto meio digital, como no analógico. Como também, acrescente-se à isto, a relevância em se definir os contornos da cópia privada digital.

Neste sentido, refira-se que tais contornos, serão definidos nesta investigação partindo-se duma noção ampla do ato de reprodução em ambiente digital, assumindo as inúmeras modalidades de suportes digitais, que facultam a circulação e a percepção da cópia digital. Assim, a título meramente exemplificativo estão incluídos nesta noção o CD, o DVD, a pen drive, o disco rígido de um computador, o cartão de memória e o servidor de armazenagem na rede.

Em geral os ordenamentos jurídicos nacionais, bem como os instrumentos legais internacionais, não se preocuparam em delimitar todas as espécies de suportes digitais, o que, como já sublinhado, é a melhor solução em face do dinamismo das tecnologias de informação. Por isso, utilizaram expressões abertas, para definir não só os diversos suportes de fixação da cópia digital, como também a tecnologia utilizada para concretizar o ato de reprodução.

Saliente-se que em alguns instrumentos legais internacionais a disciplina expressa da noção do direito de reprodução, bem como de suas exceções ou limites, restaram ausentes, muito em virtude de discussões políticase econômicas. Este foi o caso do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre direito de autor, que se limitou ao regime geral da

cadeira ao lado dum rapaz, que não passava dos 17 anos, após haver gravado um DVD, abre a sua mala para guardá-lo, junto de mais 200 mídias, contendo uma coleção de filmes. Lessig conta que iniciou uma conversação com o mesmo, por forma a compreender as razões do vasto *portfolio*. Neste diálogo, Lessig fica bastante impressionado com o conhecimento do rapaz sobre a sua própria cultura, adquirida após iniciar a sua coleção de filmes, que obviamente foi adquirida violando, provavelmente, um bilhão de exclusivos autorais. Neste momento, para Lessig o importante não era discutir com o rapaz sobre a injustiça da atual proteção conferida ao exclusivo autoral, nem tão pouco empreender uma narrativa depreciativa sobre a indústria cultural e os valores dos bens intelectuais negociados pela mesma; pois, para Lessig isto era mais que óbvio. E sabia Lessig que este discurso de indignação e revolta para a geração daquele rapaz já estava ultrapassado e desgastado; pois que, para esta geração, a cultura deve estar livre, e mais, não só assim pensam, como também desse modo agem. Todavia, para melhor compreender as razões da enorme coleção do rapaz, Lessig indaga-o, após ter avistado um dos filmes na coleção do rapaz que ele ainda não assistira, sobre a possibilidade do aluguel do filme. Sobre a reação do rapaz, Lessig narra: «I'm not writer enough to describe the look of utter disappointment on his face. Suffice it to say that I had found the single most potent insult to hurl at Josh». Isto é: «Eu não sou escritor suficiente para descrever o olhar de decepção absoluta em seu rosto. Basta dizer que eu tinha encontrado o único insulto mais forte para lançar contra Josh». Em bom inglês, Lessig esclarece que Josh, o rapaz que contava com pouco mais de 16 anos de idade, respondeu com um usual impropério, que: «“You think I do this for money? I'm happy to lend you one of these. But I don't take money for this”». Portanto: «“Você acha que eu faço isso por dinheiro? Estou feliz em emprestar-lhe um destes. Mas eu não cobro dinheiro por isso.”» LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008, p. 144-145.

Convenção de Berna, que insere, no seu art. 9.º, expressamente, a noção do direito de reprodução, incluindo, assim a reprodução realizada por qualquer procedimento o sob qualquer forma. Deixando claro esta disposição da Convenção de Berna que o regime jurídico da cópia privada digital poderá assim ser disciplinado, em certos casos especiais.

No entanto, a despeito desta ausência de disposição sobre o direito de reprodução no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre direito de autor, discute-se sobre a introdução, neste instrumento legal internacional, de «um novo direito de reprodução digital»⁶²⁷. O que deixou em aberto, a discussão sobre os contornos da reprodução meramente técnica e da jurídica⁶²⁸.

De idêntico modo, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, não disciplinou sobre o direito de reprodução, remetendo no seu art. 9.º, para as disposições gerais da Convenção de Berna. Ou seja, conforme já estudado, admite a disciplina do regime jurídico da cópia privada, mas não estabelece a distinção entre a noção de reprodução meramente técnica e da jurídica.

O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre direitos de autor também fez uso da mesma técnica legislativa, escusando-se, portanto a delimitar a noção do direito de reprodução. Optou-se, do mesmo modo, através duma Declaração Comum, a seguir o regime geral do art. 9.º da Convenção de Berna, reconhecendo-se, no entanto que todas as exceções a este regime impostas, serão aplicadas integralmente no ambiente digital. Portanto, mais uma

⁶²⁷ Como defende Pedro Cordeiro este novo direito de reprodução digital, deve ser utilizado em oposição à reprodução analógica em suporte material. CORDEIRO, Pedro. **Limitações e Exceções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações Nacionais. Diferenças entre o meio analógico e digital.** in Direito da Sociedade da Informação, vol. III, p. 211-219. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

⁶²⁸ Pedro Cordeiro, chega sobre o tema até mesmo a identificar quais foram as razões para a ausência da delimitação da noção de reprodução no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre direito de autor. E, assim, aponta que por razões de ordem política e econômica, recebeu-se por delimitar qualquer distinção entre a reprodução meramente técnica e a jurídica. E, conclui, «Estavam fundamentalmente em causa as reproduções tecnológicas meramente instrumentais para uma visualização das obras, entendendo a maioria que em tal caso o acto sujeito ao direito de autor seria a comunicação pública da obra e só esta». CORDEIRO, Pedro. **Limitation and exceptions under the “three-step-test” and in national legislation—differences between the analog and digital environments.** in National Seminar on the WIPO Internet Treaties and the Digital Technology organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the Copyright Coordination of the Ministry of Culture of Brazil with the support of the Brazilian Recording Industry Association Rio de Janeiro (Brazil), Setembro, 17-19, 2001, p. 3 e 4. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fcopyright%2Fen%2Fwipo_cr_rio_01%2Fwipo_cr_rio_01_4.doc&ei=zJUKU8uJHKqksQTN74DgBA&usg=AFQjCNEExcY4o-uaQiVurbin6HL3OWHoA&bvm=bv.61725948,d.cWc>, acesso aos 04.01.2013.

vez, o que estava em causa, era a discussão sobre a extensão do exclusivo autoral sobre as reproduções meramente técnicas⁶²⁹.

Não foi diversa a opção legislativa encontrada no Digital Millenium Copyright Act, silenciando-se, portanto, quanto a delimitação da noção de reprodução e também quanto aos seus contornos, em especial sobre as reproduções meramente técnicas. Mas no Copyright Act norteamericano é possível encontrar disciplina jurídica sobre a cópia privada digital, já que na seção §107, quando estabelece os limites aos direitos de exclusivo, admite a utilização razoável da obra protegida pelo direito de autor, inclusive a sua reprodução em cópias por qualquer suporte ou registro sonoro⁶³⁰.

A Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, logo no caput do seu art. 2.º, ao definir o ato de reprodução, seja ela direta ou indireta, temporária ou permanente utiliza a expressão «por quaisquer meios e sob qualquer forma» e, quando institui o regime da cópia privada digital, na alínea b), do n.º 2, do art. 5.º, refere-se às reproduções realizadas «em qualquer meio»⁶³¹.

Assim, diversamente dos textos legais acima analisados a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, já apresenta a delimitação da noção de reprodução, bem como os seus contornos, considerando, o que denomina de reprodução temporária.

Na ordem interna portuguesa o Código de Direito de Autor e Conexos encontra-se expressa a noção do direito de reprodução, bem como de seus contornos, conforme já destacado acima este direito, encontra previsão na alínea i), do n.º 2, do art. 68.º i). Este dispositivo reconhece ao autor o exclusivo sobre os atos de reprodução, quer sejam eles diretos ou indiretos,

⁶²⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT**. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

⁶³⁰ *In verbis*, leia-se a disposição: «§ 107 Limitations on exclusive rights: Fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. Tradução livre: «§ 107 Limitações aos direitos de exclusivo: Uso Justo. Apesar das previsões das seções 106 e 106A, a utilização razoável duma obra sob a tutela autoral, incluindo a sua reprodução em cópias ou registros sonoros ou por qualquer outra forma especificada nesta seção, para fins de crítica, comentário, reportagem de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula), ou investigação não se configura numa infração ao direito de autor.

⁶³¹ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, eletrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio eletrónico**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

temporários ou permanentes, realizados «por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte».

Note-se que os contornos da noção de reprodução estão neste dispositivo destacados, conferindo ao autor, inclusive, o direito de controle sobre os atos de reprodução no ambiente digital.

É o que, claramente, se depreende da redação da alínea a), do n.º 2, do seu art. 75.º, da lei autoral portuguesa, que faz uso da expressão «em qualquer meio», dando conta assim, que os contornos da cópia digital, assumem uma amplitude sem igual, portanto, admitindo-se que o suporte seja digital, ou mesmo analógico⁶³². Ademais, refira-se, que este dispositivo não é claro quanto a origem, qualidade e o suporte da fonte utilizada para a reprodução. Cingindo-se, portanto, a referir que a cópia digital, será aquela realizada por «qualquer meio».

Na Alemanha a lei autoral, é clara ao considerar que o ato de reprodução, corresponde tanto à cópia temporária, como a permanente; determinando inclusive que esta pode ser realizada em qualquer meio ou quantidade. Portanto, sem dúvidas, dispõe exatamente que tanto a reprodução digital temporária ou permanente, estarão tuteladas pelo exclusivo patrimonial de reprodução⁶³³.

E, ainda acrescentou que nos contornos do ato de reprodução estão, também inclusos os atos de transferência da obra para dispositivos de reprodução. Nota-se, que esta opção do legislador autoral alemão foi a de estender o âmbito de incidência do poder de reprodução, controlando inclusive, os atos de transferência das mídias, de um dispositivo, para outro, ou de um meio para outro.

⁶³² PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁶³³ Leia-se a disposição do texto autoral alemão: Tradutor Google «Art. 16. Right of reproduction. (1) The right of reproduction is the right to produce copies of the work, whether on a temporary or on a lasting basis and regardless of by which means of procedure or in which quantity they are made. (2) The transfer of the work to devices for the purposes of repeated communication of video and sound sequences (video and audio recordings), regardless of whether this is the recording of a communication of the work on a video or audio recording medium or the transfer of the work from one video or audio recording medium to another, also constitutes reproduction.» Trad. Livre «§16 Direito de Reprodução. (1) O direito de reprodução é o direito de produzir cópias da obra, seja temporaria ou permanentemente, por qualquer meio e em qualquer quantidade. (2) A reprodução é também a transferência duma obra a dispositivos com o fim de reproduzir as comunicações de vídeo ou sequências sonoras (vídeo ou áudio), independentemente de se tratar duma gravação da comunicação da obra em vídeo ou áudio, ou a transferência da obra de um vídeo ou áudio para outro.» ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>. Informe-se que a recente alteração da lei autoral alemã, apenas se encontra disponível no original em alemão, tendo sido a tradução para a língua inglesa, através da ferramenta do google translate.

Convém, destacar, que a autorização dos atos de reprodução para uso privado, na Alemanha, é conferida pela seção 53 da sua lei autoral, dispondo que serão lícitas as cópias individuais duma obra, realizadas, em qualquer meio, por pessoa singular para o seu uso privado, desde que ausente fins comerciais, quer diretos ou indiretos⁶³⁴.

Enfatize-se, assim, que o legislador autoral alemão, a despeito de permitir a cópia privada digital, pois que, da mesma forma que o legislador autoral português, determina que a reprodução pode concretizar-se através de qualquer meio, acaba por restringir o âmbito da mesma. Pois que, ao final da disposição retira a licitude da cópia privada quando esta for realizada através duma fonte, manifestamente ilegal, produzida ou disponibilizada ao público para a reprodução.

Semelhante disposição quanto a exigência da licitude da fonte utilizada para a reprodução, encontra-se na legislação autoral francesa, que determina inclusive que a cópia seja reservada estritamente ao uso privado do copista⁶³⁵.

Importa frisar, que o legislador autoral francês na disposição do art. L122-5 não estabelece a qualidade do suporte da cópia, não fazendo uso, inclusive de disciplina abrangente, como fizeram os legisladores autorais da Alemanha e de Portugal, determinando que a cópia privada digital far-se-á por «qualquer meio». Deduz-se, portanto, que o regime jurídico apresentado

⁶³⁴ *Verbis*: «§ 53 reproductions for private and other personal use. (1) are permitted individual copies of a work by a natural person for private use on any medium, provided that they are neither directly nor indirectly commercial purposes, unless a template manifestly unlawful produced or made publicly available is used for reproduction. (...)» § 53 reproduções para uso privado e outros usos pessoais. (1) são permitidas as cópias individuais da obra por uma pessoa singular para uso privado em qualquer meio, desde que nem direta ou indiretamente tenha fins comerciais, a menos que uma fonte manifestamente ilegal produzida ou disponibilizada ao público seja utilizada para a reprodução.» ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>. Informe-se que a recente alteração da lei autoral alemã, apenas se encontra disponível no original em alemão, tendo sido a tradução para a língua inglesa, através da ferramenta do google translate.

⁶³⁵ *Verbis*: «Article L122-5 Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: (...) 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique» Trad. Livre: «Artigo L122-5 Quando a obra foi divulgada, o autor não pode proibir: (...) 2.º As cópias ou reproduções realizadas a partir duma fonte lícita e estritamente reservada à utilização privada do copista e que não se destine à uma utilização coletiva, com exceção das cópias de obras de artes destinadas à outras utilizações com finalidades idênticas para as quais a obra original foi criada e as cópias de software com exceção das cópias de salvaguarda nas condições especificadas no inciso II, do artigo L. 122-6-1 assim como as cópias ou reproduções duma base de dados eletrônica ». FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

neste dispositivo, também será aplicado à cópia digital, ainda mais, quando ao final deste mesmo artigo, ressalva o problema da cópia dos programas de computadores⁶³⁶.

De nota, releva, curiosidade o regime jurídico da cópia privada digital em Espanha, dado as alterações introduzidas pelo Real Decreto 1657/2012. Na medida em que passa-se a cumular mais um requisito para se atribuir legalidade ao ato de reprodução perpetrado em ambiente digital.

Observe-se que a lei autoral espanhola, no n.º 2, do seu art. 31, somente determina a legalidade do ato de reprodução realizado em qualquer suporte, quando este ocupar-se de obras já divulgadas, cujo acesso seja legal, realizadas por uma pessoa singular para o seu uso privado, não se destinando a cópia obtida à utilização coletiva, nem tão pouco lucrativa.

Entretanto, com a redação do n.º 4, do art. 3.º do Real Decreto 1657/2012, introduz-se, dois novos requisitos de legalidade do ato de reprodução realizado em ambiente digital. Ou seja, passa-se, agora, a exigir que este ato de cópia, seja realizado por equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital que tenham sido postos à disposição dos utilizadores privados e cuja utilização esteja manifestamente reservada ao uso privado.

O que denota, numa interpretação restritiva, que esta investigação não defende, a vontade do legislador espanhol em apenas atribuir legalidade ao ato de reprodução realizado em ambiente digital, quando a sua finalidade comungar-se com a ideia de uso pessoal. Isto é, o mesmo que vincular a legalidade do ato de cópia digital para o uso privado, à uma finalidade pessoal do sujeito beneficiado por este ato.

No Brasil, a despeito da escassez das fontes normativas sobre os atos realizados em ambiente digital, comparado-se a evolução alcançada no espaço europeu, pode-se observar que o legislador autoral, foi bastante cuidadoso ao regular a noção e os contornos do poder de reprodução, no inciso VI, do art. 5.º, como também em determinar o regime da cópia privada, no inciso II, do art. 46. Pois que, optou por adotar uma noção abrangente do que se entende por reprodução, incluindo assim, os atos de cópia, realizados em «qualquer forma tangível», ou «por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido».

Assim, o regime jurídico brasileiro da cópia privada digital, encontra-se definido, também na ordem jurídica interna brasileira, com os contornos definidos pela noção do direito de

⁶³⁶ Saliente-se, que os problemas concernentes à cópia digital permanente e temporária serão tratados em apartado, mais a frente nesta investigação.

reprodução. Por isso, mantém-se no exclusivo patrimonial do autor os atos de cópia permanente e temporária, realizados «por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido», desde que estes sejam realizados «em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro».

3.1.3. A reprodução temporária e a cópia privada digital

De modo a compreender os contornos do direito de reprodução no ambiente digital, cabe agora indagar, se a realização duma cópia temporária neste ambiente, confere ao autor um exclusivo.

Na verdade, no ambiente digital o mero acesso à uma obra colocada na rede implica na realização duma cópia⁶³⁷, ou seja, na realização dum ato de reprodução. Ato este que ocorre independentemente da vontade do utilizador, mas sim, em virtude de exigência técnica do sistema, que impõe a realização da cópia da obra para que se tenha acesso à mesma.

Assim, todas as vezes que se pretende acesso à obra, colocada em ambiente digital, é necessário para a sua visualização e compreensão, que a máquina do utilizador realize uma cópia temporária dos dados na sua memória RAM⁶³⁸.

Neste sentido, é que importa saber se esta cópia temporária realizada na memória RAM de um computador encontra-se no escopo da noção de reprodução, portanto, conferindo ao autor o controle sobre a mesma.

Em resposta positiva a este problema levantado, ou seja, considerando-se que os atos de reprodução temporária, incluem-se nos contornos do poder de reprodução, todas as vezes, que

⁶³⁷ Para Cornish e Llewelyn copiar uma obra, implica na reprodução duma obra em qualquer meio, como por exemplo, armazenar a obra numa mídia eletrônica, ou no disco rígido do computador. CORNISH, William e LLEWELYN, David. **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks and Allied Rights**. 5.^a ed., rev. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

⁶³⁸ A memória RAM - Random Access Memory (Memória de Acesso Aleatório) consiste numa espécie de tecnologia, responsável pela leitura dos dados na máquina (computador), permitindo, portanto o acesso aos arquivos. Na verdade a memória RAM consiste num «hardware de armazenamento randômico e volátil de memória». Ou seja, é uma componente do sistema informático que armazena dados de programas em execução enquanto o computador está ligado. Sendo este componente de acesso rápido, é necessário que acompanhe a velocidade do processador, já que vai receber as informações do disco rígido, armazenando-as temporariamente, por forma a disponibilizar os dados ao processador. Cf. ALECRIM, Emerson. **Memórias RAM e ROM**. in Info Western. Publicado em 08.07.2009, Atualizado em 18.08.2011. Disponível em <<http://www.infowester.com/memoria.php>>, consulta aos 06.01.2013.

o utilizador da rede pretendesse apenas visualizar a obra no monitor da sua máquina, deveria recolher a autorização do autor para tanto. Desta forma, a noção do direito de reprodução, extender-se-ia aos atos de simples visualização da obra, realizados em ambiente digital.

O que não faz sentido, já que os ordenamentos jurídicos, tanto nacionais como internacionais, trazem previsão de ressalvas à manutenção do exclusivo, retirando do autor o controle sobre determinados atos de reprodução. Portanto, extendendo-se os contornos da noção de reprodução alcançando-se inclusive os atos temporários de cópia no ambiente digital, seria implantada uma disciplina jurídica distorcida do próprio sistema de utilizações livres; na medida em que meros atos de visualização estariam proibidos, já que mantido o exclusivo autoral sobre estes atos⁶³⁹.

Todavia, apesar de simples o raciocínio sobre a licitude das reproduções temporárias, o tema ainda gera discussões no cenário jurídico, especialmente, no que concerne a extensão do poder de reprodução, alcançando, assim, qualquer ato de colocação da obra protegida na memória dum computador. De sorte que, nesta noção de reprodução estariam incluídos os

⁶³⁹ Sem embargo, adotar esta tese, desequilibra todo o sistema de utilizações livres. É o que defende Oliveira Ascensão, posicionando-se contrariamente à inclusão das reproduções meramente técnicas no rol dos poderes conferidos ao autor. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Informática Jurídica**. Estudos sobre Direito da Internet na Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001.

atos de *upload*⁶⁴⁰, *download*⁶⁴¹, digitalização, reprodução temporária, *browsing*⁶⁴², *loading*⁶⁴³ e *caching*⁶⁴⁴.

Obviamente, que esta solução não é admissível num sistema que se pretende equilibrado. Ademais, tais reproduções são essenciais para a concretização dos atos legítimos de cópia privada. Por isso, esta investigação entende ser possível a manutenção da tutela autoral, mantendo-se livre os atos de reprodução temporária, essenciais para a realização das tarefas técnicas exigidas para que a cópia nos limites do uso privado torne-se possível⁶⁴⁵.

Acrescente-se, como assinalado acima, que a adequação de muitos dos instrumentos legais internacionais sobre a noção de reprodução, bem como, dos seus contornos, especialmente no que se refere à cópia privada digital, restou prejudicada. De modo geral a reprodução temporária, nestes instrumentos legais, encontra-se acolhida na noção jurídica deste poder, o

⁶⁴⁰ A ação de *upload* implica na «transferência de ficheiros de um computador local para um computador remoto» UPLOAD. in **Infopédia [Em linha]**. Porto: Porto Editora, 2003-2014. Disponível em <<http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/upload>>, consultado em 06.01.2014. Este ato compreende, portanto, o processo de transferência de arquivos através da *world wide web*, ou seja, corresponde ao processo de copiar arquivos de um computador local para um computador remoto através da internet.

⁶⁴¹ O ato de *download* compreende a «transferência de ficheiros de um computador remoto para outro computador, através de um modem ou rede e utilizando qualquer protocolo de comunicações. DOWNLOAD. in **Infopédia [Em linha]**. Porto: Porto Editora, 2003-2014. Disponível na www: <URL: <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/download>>, consultado em 06.01.2014. A ação de *download* corresponde, assim, ao processo de copiar inúmeros dados, normalmente um arquivo completo, duma fonte principal para um dispositivo periférico.

⁶⁴² A expressão *browsing*, vem de *browser*, em português designa-se, navegador. Compreende, assim num programa de computador que faculta aos utilizadores da *world wide web*, interagirem com documentos virtuais da Internet, também conhecidos como páginas da web. Assim, *browsing*, significa navegar, ou seja, a ação do utilizador da internet, que acessa sítios diversos e visualiza conteúdos. A navegação, possibilita, assim, um ato de reprodução e fixação temporária no computador do utilizador, permitindo a consulta posterior ao que foi visualizado após a conexão haver sido interrompida. NAVEGADOR. in **Wikipédia [Em linha]**. 2013. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Navegador>>, consultado em 06.01.2014.

⁶⁴³ A expressão *loading* compreende parte do processo de instalação ou execução dum determinado programa ou arquivo na memória do computador do utilizador. Implica no ato de carregar, ou seja, corresponde a instrução utilizada para abrir arquivos, programas ou, num nível mais baixo, gravar dados na memória. LOAD. in **Índice do dicionário técnico**. Guia do Hardware, Carlos Morimoto, 26.06.2005. Disponível em <<http://www.hardware.com.br/termos/load>>, consultado em 06.01.2014.

⁶⁴⁴ A expressão *caching*, vem de *cache*, que corresponde à uma pequena quantidade de memória localizada perto do processador. Assim, a ação de *caching*, trata-se, na verdade, duma memória virtual, que permite o armazenamento em cache, isto é, um armazenamento temporário, com o fim de aumentar a velocidade do processador do computador. Refira-se que esta memória em *cache* apenas armazena os dados mais utilizados pelo processador, reduzindo, assim, o número de operações para a busca e visualização dos dados. CACHE. in **Índice do dicionário técnico**. Guia do Hardware, Carlos Morimoto, 26.06.2005. Disponível em <<http://www.hardware.com.br/termos/cache>>, consultado em 06.01.2014.

⁶⁴⁵ Oliveira Ascensão, inclusive, chega a destacar a importância em distinguir-se os verdadeiros atos de reprodução em linha, das meras reproduções informáticas. Pois que, na primeira hipótese, o que está em causa são atos de reprodução, que se encontram sob a égide do exclusivo autoral; enquanto, na segunda, apresentam-se atos que estão vinculados ao direito de colocação da obra em rede à disposição do público. De sorte que, autorizada a colocação da obra em linha pelo autor, em simultâneo, estão autorizados os atos de reprodução para o uso privado. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos de Autor e Conexos Inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público**. Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001.

que implica em afirmar, o domínio pelo exclusivo autoral sobre o controle destes atos de reprodução temporária.

Saliente-se, que este entendimento repousa na tarefa que foi atribuída à Convenção de Berna de no âmbito internacional delimitar a noção e os contornos do direito de reprodução⁶⁴⁶. Entretanto, o art. 9.º da Convenção de Berna, apenas autoriza os Estados a regularem os casos especiais de ausência de controle dos atos de reprodução da obra; deixando-se ao lado, portanto, a discussão sobre a manutenção do exclusivo autoral para aquelas reproduções meramente técnicas, ou seja, as reproduções tecnológicas meramente instrumentais para a visualização das obras exigidas pelo sistema.

Desta sorte, abriu-se espaço para as discussões sobre a extensão do exclusivo autoral aos atos de reprodução temporária, colocando em risco o pretendido equilíbrio do sistema e atribuindo ilicitude aos atos de reprodução meramente técnicos exigidos pelo sistema, indispensáveis para a concretização dos atos legítimos de cópia privada.

Estas discussões, também são alvos de enfrentamento na Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Pois, a despeito do n.º 1, do seu art. 5.º, prevê a exclusão dos atos de reprodução temporária, não a delimita clara e amplamente⁶⁴⁷.

Na verdade, existe uma certa contradição no texto comunitário, que poderia ter sido evitada, caso o legislador não fizesse constar no texto da Diretiva a previsão do direito de reprodução, fulcrada nas obrigações que decorrem dos Tratados firmados no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Contrariamente a este posicionamento há quem defenda que a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da

⁶⁴⁶ Foi assim, que disciplinou o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre os direitos de autor, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio e o Digital Millenium Copyright Act; incumbindo, portanto, esta tarefa à Convenção de Berna, no seu art. 9.º. Como já referido este dispositivo não cuidou de delimitar a noção e os contornos do direito de reprodução; cingindo-se, tão-somente a conferir aos Estados a opção por regularem os casos especiais de ausência de controle dos atos de reprodução da obra.

⁶⁴⁷ Verbis: «Art. 5.º Excepções e limitações. 1. Os actos de reprodução temporária referidos no artigo 2.º, que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir: a) Uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou b) Uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham, em si, significado económico, estão excluídos do direito de reprodução previsto no artigo 2.º» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

informação, agiu bem ao optar por contornos mais largos do direito de reprodução. Todavia, mesmo estes, não discutem sobre a licitude dos atos de reprodução temporária, divergindo, tão somente no seu fundamento. Sustentam, assim, que estes atos estariam excluídos da noção de reprodução, pelo fato de consistirem os mesmo em exceções ou limites ao direito de reprodução, na senda do que estampa o título do art. 5.º da Diretiva. Acrescentando-se, a isto, o texto do Considerando 33 da Diretiva que apresenta esta mesma compreensão ao referir que «O direito exclusivo de reprodução deve ser sujeito a uma exceção para permitir certos actos de reprodução temporária»⁶⁴⁸.

Observe-se, neste sentido, que no seu art. 2.º, a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, apresenta uma noção do direito de reprodução, determinando os seus contornos de forma bastante ampla, já que inclui no exclusivo autoral os atos de reprodução, diretos ou indiretos, temporários ou permanentes, realizados por quaisquer meios e sob qualquer forma, tanto parcial como integralmente⁶⁴⁹.

Desta sorte, encontram-se compreendidos nesta noção os atos de reprodução analógicos e digitais, acrescendo-se, ainda a cópia temporária, mesmo que não visível, já que realizada na memória do computador. Esta compreensão, impõe, assim, o alargamento do exclusivo autoral, inclusive nas reproduções meramente tecnológicas.

Outrossim, como referido acima, o afastamento do exclusivo autoral dos atos de reprodução temporária, contida no art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, é restrita. Note-se que o afastamento da proteção de tais atos de reprodução temporária, neste caso, apenas decorre daqueles atos transitórios que «constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico» e que tenha como «único objectivo» permitir a «utilização legítima de uma obra», isto é que esteja ausente no ato temporário de reprodução, qualquer carácter económico.

⁶⁴⁸ É o que defendem ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. **Derecho Privado de Internet**. 3.ª ed. Madri: Civitas, Thomson Company, 2002, p. 256; e, LUCAS, André, DEVÉZE, Jean e FRAYSSINET, Jean. **Droit de l'informatique et de l'Internet**. Thémis. Droit Privé. Paris: Presses Universitaires de France 2001, p. 422.

⁶⁴⁹ Verbis: «Artigo 2.º Direito de reprodução. Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte (...)» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

Numa análise cuidada, pode-se concluir a rigor desta previsão contida no n.º 1, do art. 5.º, do referido texto comunitário, a intenção de cumular-se os critérios acima descritos para a exclusão da proteção dos atos de reprodução temporária das obras protegidas⁶⁵⁰.

Considere-se, também, que o tratamento dos atos de reprodução temporária, prevista na Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, submete-se ao que disciplina o n.º 5, do seu art. 5.º; ou seja, ao exame da regra de três passos⁶⁵¹. Tal dispositivo, informa, portanto, que a exclusão da proteção autoral, prevista para os atos de reprodução temporária, disciplinados no n.º 1 deste mesmo dispositivo legal, dar-se-á em certos casos especiais, quando não prejudiciais aos legítimos interesses dos seus titulares, e nem tão-pouco criem obstáculos à normal exploração das suas obras⁶⁵².

É mister, neste sentido, assinalar que a reprodução meramente tecnológica, não cria a figura do exemplar, na verdade ela é essencial, isto é, uma exigência técnica do próprio sistema, para que a reprodução torne-se possível. Por isso, não se compreende que o texto comunitário a tenha inserido no conteúdo do exclusivo autoral; permitindo, apenas, a ressalva na aplicação do mesmo, quando este ato de reprodução meramente tecnológico, alcançar determinados e restritos critérios de exceção e limites previstos no texto comunitário da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

⁶⁵⁰ Oliveira Ascensão destaca que em alguns dos seus dispositivos a Diretiva, ao referir-se a obra protegida, acresce a expressão «ou outro material». O autor, apresenta-se surpreso com a utilização desta expressão, pois aparanta-se que o texto comunitário, pretendeu alcançar, inclusive, conteúdos não protegidos pela tutela autoral. Assim, neste tom, explica que «Com grande frequência se contrapõem obras a “outro material”. Sem preocupação de exaustão, vejam-se os arts. 3/2, 5/1, 5/4, 6/2 e 7/1 b e 2, aqui por duas vezes. Esta péssima expressão cria a impressão de que se está estendendo a disciplina do direito de autor para além dos bens protegidos pelo direito de autor e direitos conexos. Assim, seria regulada por exemplo a reprodução tecnológica em geral (art. 5/1) e não apenas a que respeitasse ao objecto dos direitos intelectuais. Supomos que o entendimento não deverá ser este. O art. 3/2, em que aparece pela primeira vez a expressão, fala em “obra ou outro material previsto no n.º 2”, portanto justamente os bens que são objecto de protecção pelo direito de autor. Porém, para evitar a ambiguidade conviria contrapor sempre obra a outro “bem protegido”, ou outro “objecto protegido”.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação**. PARECER. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 1998. Disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>>, consulta em 06.01.2014.

⁶⁵¹ Para uma compreensão detalhada sobre a aplicação da regra dos três passos vd. GEIGER, Christopher, GRIFFITHS, Jonathan e HILTY, Reto M. **Towards a Balanced Interpretation of the "Three-step Test" in Copyright Law**. in *European Intellectual Property Review*, v. 30. n.º 12, p. 489 - 496, 2008.

⁶⁵² Verbis: «Art. 5.º (...) 5. As exceções e limitações contempladas nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

Registra-se, ainda, pertinente à este tema das reproduções meramente tecnológicas, o estudo tanto dos atos de reprodução para o uso privado, como dos atos de reproduções intermediários, que se colocam no caminho do transporte dos dados, até à utilização da obra.

Assim, no que toca às reproduções meramente tecnológicas, destinadas ao uso privado, restou claro, que a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, pela disposição da alínea b, do n.º 1, do seu art. 5.º, afastou o exclusivo autoral, nas hipóteses de utilização legítima da obra, sem fins económicos⁶⁵³.

Da mesma forma, disciplinou o referido texto legal, na alínea a), do n.º 1, do seu art. 5.º, afastando, portanto, o exclusivo autoral para os atos tecnológicos de reprodução, destinados ao mero transporte de dados, «numa rede entre terceiros por parte de um intermediário».

Cumpre-se, desta sorte, frisar que ambos os atos tecnológicos de reprodução, não se configuram como atos de cópia, quando analisados de *per si*. O carácter que revelam é meramente instrumental em face das utilizações a que se destinam. Portanto, quando realizados, nas condições expressas pelas alíneas a) e b), do n.º 1, do art. 5.º do referido texto comunitário, compreendem atos lícitos, necessários e exigíveis para a realização da cópia a que se destinam.

Por isso, a presente investigação, utilizará esta compreensão para desmistificar os atos de *download* e *upload*, no ambiente digital, para a realização da cópia privada⁶⁵⁴. De sorte que, a discussão sobre a licitude dos atos de reprodução meramente tecnológicos, estará dependente

⁶⁵³ Oportuno, faz-se o registro da tônica do texto da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, no seu art. 5.º. Pois, denota-se que o afastamento do exclusivo autoral nos casos previstos em seu n.º 1, portanto, para as hipóteses de reproduções temporárias, determinam um imperativo legal a que todos os Estados-Membros estão obrigados a perseguir. Diversamente, é o que se depreende da análise do n.º 2, deste mesmo dispositivo legal, já que o legislador comunitário expressamente refere uma opção aos Estados-Membros na disposição de exceções ou limitações ao direito de reprodução, previsto no art. 2.º da Diretiva.

⁶⁵⁴ Seguindo de perto, o entendimento de Oliveira Ascensão, sobre o texto da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, ou seja, declarando-se, portanto «livres estes actos, impedindo que se criem entraves à circulação no mercado interno». ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação**. PARECER. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 1998. Disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>>, consulta em 06.01.2014.

do resultado da discussão sobre a licitude da utilização da obra protegida pelo direito de autor⁶⁵⁵.

Nas ordens internas europeias, a disciplina legal foi determinada, como é óbvio, pela Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. A, exemplo, da legislação autoral francesa que considera a reprodução temporária como aquela de natureza transitória ou incidental, consistente numa exigência técnica do processo tecnológico, estando ausente a finalidade lucrativa. Observe-se, que o legislador francês considera lícito apenas o ato de reprodução temporária que faculta a utilização lícita da obra ou a sua transmissão entre terceiros, através duma rede⁶⁵⁶.

Ademais, observe-se a disciplina da lei de propriedade intelectual espanhola, sobre os atos de reprodução temporária, que os considera lícitos, mesmo ausente a prévia autorização do autor, para tal. Para o efeito, o n.º 1, do art. 31, deste diploma legal, exige que o ato de reprodução, não tenha finalidade económica, seja temporário ou acessório e constitua parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo consista em facilitar a transmissão em rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou a utilização lícita duma obra.

No que toca à utilização lícita da obra, o legislador autoral espanhol, resolve estabelecer os seus contornos. E, por isso, na parte final do referido dispositivo legal, determina que se considera utilização lícita, aquela que foi autorizada pelo autor ou pela lei.

⁶⁵⁵ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 461-462. E segundo a conclusão de Oliveira Ascesão ao afirmar que «seria chocante considerar como actos tendencialmente sujeitos a autorização actos instrumentais de uma autorização lícita, quando a autorização abrange seguramente todos os actos necessários ao fim a que se destina.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação**. PARECER. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 1998. Disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>>, consulta em 06.01.2014.

⁶⁵⁶ Como faz o legislador autoral francês, no seu art. L122-5, mais precisamente no seu n.º 6.º, *in verbis*, quando impõe ao autor aceitar: «6º La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'oeuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des oeuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre;» Trad. Livre: «6.º A reprodução temporária com natureza transitória ou incidental, que constitua uma parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir a utilização lícita da obra ou a sua transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário; desde que esta reprodução temporária não tenha relação com uma outra obra, que consista em um programa de computador e um bancos de dados, e que não tenha um valor económico próprio;» FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

Portanto, não diverge do texto comunitário a posição adotada pela lei autoral espanhola, para definir a noção e identificar o conteúdo do ato de reprodução temporária. Todavia, a previsão do texto autoral é mais clara, já que delimita o âmbito do que se considera uma utilização lícita.

Em Portugal, a discussão remonta ao próprio texto do projeto comunitário desta Diretiva, estendendo-se até mesmo em sede de transposição. Resultado de tamanha discussão foi a redação bastante curiosa do n.º 1, do art. 75.º do Código de Direitos de Autor e Conexos⁶⁵⁷, que determinou claramente a exclusão dos atos de reprodução temporária do direito de reprodução, não se restringindo à previsão das mesmas como exceções ou limites ao exclusivo autoral⁶⁵⁸.

Ademais, observe-se, a preocupação do legislador autoral português em identificar, apenas a título meramente exemplificativo, alguns dos atos que devem ser considerados como atos de reprodução temporária. Ressalva o referido dispositivo legal, que conformadas «as condições expostas», incluem-se, por exemplo os atos de *browsing* e *caching*⁶⁵⁹.

Tais condições elencadas pela lei autoral portuguesa, exigem que estes atos sejam «transitórios ou acessórios», constituindo-se como «parte integrante e essencial de um processo tecnológico», desde que tenham como «único objectivo» a realização de atos de

⁶⁵⁷ *Verbis*: «Art. 75.º Âmbito 1 — São excluídos do direito de reprodução os actos de reprodução temporária que sejam transitórios ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si, significado económico. (...)» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁶⁵⁸ Uma das vozes contrárias a incluir no conteúdo do direito de reprodução os atos de reprodução temporária foi a de Oliveira Ascensão. Defendeu este autor que a matéria disposta no n.º 1, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, fosse no ato de transposição para o ordenamento jurídico português «desentranhada da matéria das exceções e limites e constituísse um preceito por si. Porque verdadeiramente não se trata de uma restrição, mas da demarcação negativa do direito de reprodução». ASCENSÃO, José de Oliveira. **A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação**. Conferência pronunciada no Encuentro sobre Propriedad Intelectual UIMP, Sevilla, a 13 de Novembro de 2002, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLIII, n.º 2, Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 921.

⁶⁵⁹ Vale de nota, que a disciplina do Considerando 33 da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, ao considerar os atos de *browsing* e *caching*, os integra no conteúdo do direito de reprodução, disciplinando-os como uma exceção que «abrange igualmente os actos que possibilitam a navegação («browsing») e os actos de armazenagem temporária («caching»), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia». EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

reprodução para o uso privado, ou de atos de reproduções intermediários, que se colocam no caminho do transporte dos dados, até à utilização da obra.

Destaque-se, ainda, que o comando normativo do n.º 4, do art. 75.º do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal, estabelece também que as utilizações decorrentes dos atos de reprodução temporária, submeter-se-ão à análise da regra dos três passos. Exigindo-se, portanto, que esta utilização não prejudique a exploração normal da obra, nem tão pouco cause prejuízos injustificados aos interesses do autor.

Observe-se, no entanto que a legislação autoral portuguesa, não faz referência à primeira regra, que determina a realização dos atos temporários de reprodução, em casos especiais, a exemplo do que determina o n.º 1, do art. 5º, da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação⁶⁶⁰.

De qualquer modo, questiona-se a imposição de mais um limite para a concretização dos atos de reprodução, em especial os temporários, ora analisados; o que a doutrina afirma tratar-se de «limite dos limites»⁶⁶¹.

No Brasil, entretanto, não se ouve muitas vozes discutindo sobre os atos de reprodução temporária; muito, provavelmente, em razão do modo de incorporar-se o direito de colocação da obra à disposição do público⁶⁶². Entretanto, nesta investigação, já se discutiu o problema, referindo-se, inclusive, o descuido do legislador brasileiro com a incorporação deste novo poder, próprio do ambiente digital⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Neste mesmo sentido entende Cláudia Trabuço, que delimita a noção de cópia privada, como sendo apenas aquela que não prejudica a normal exploração da obra pelo autor e não causa prejuízo injustificado aos seus legítimos interesses. A autora, ainda acrescenta que a legislação autoral portuguesa faz duas referências aos atos de reprodução para o uso privado, quais sejam, as previsões contidas na alínea b), do seu art. 81.º e na alínea a), do n.º 2, do seu art. 75.º. O que para ela, representa uma articulação bastante complicada, entre as duas disposições. Fazendo-se, discipienda, assim, a disposição do art. 81.º, já que o art. 75.º, determina a aplicação da regra dos três passos em quaisquer espécies de utilizações patrimoniais, disposta no n.º 2, do art. 75.º. Cf. TRABUCO, Cláudia. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 502-503.

⁶⁶¹ Neste sentido, Oliveira Ascensão e Dias Pereira, em ocasiões distintas, questionam-se sobre a imposição de mais uma limitação para a concretização dos atos de reprodução para o uso privado. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O “fair use” no direito autoral**. in Direito da Sociedade da Informação, v. IV, p. 89-95. Coimbra: Coimbra Ed, 2003, p. 93; e, PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **A globalização, a OMC e o comércio electrónico**. in Temas de Integração. Revista Seqüência, n.º 45, p. 173-195, dez. de 2002, p. 140.

⁶⁶² Oliveira Ascensão é uma dessas raras vozes. Vd. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos Tratados da OMPI**. in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 42, Set/Out 1999, p. 13-29.

⁶⁶³ Este é o entendimento de Oliveira Ascensão para quem: «(...) a aparência é enganadora. O art. 30 não regula a posição do utilizador: não é este quem escolhe o tempo e o lugar da utilização. Regula a posição do autor, a quem atribui o direito de determinar as formas de utilização permitida na obra. Não há nada que se refira diretamente ao fenómeno de colocação da obra à disposição do público. (...) Temos em todo o caso que o direito

Recorde-se, no entanto, as observações que foram realizadas acima neste estudo sobre a incorporação do direito de colocação da obra à disposição do público. Demonstrou-se, naquela ocasião, um descuido do legislador autoral brasileira com uma melhor técnica de redação, pois a um tempo parece incorporar o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de reprodução (cf. art. 30); mas, em outro, é claro ao incluir no conteúdo do direito de distribuição o direito de colocação da obra à disposição do público (cf. inciso IV, art. 5.º).

E, mais, a despeito da disciplina do art. 30 da legislação autoral brasileira incorporar o direito de colocação da obra à disposição do público no conteúdo do direito de reprodução; não é isso que se pode extrair da previsão contida no inciso VI, do seu art. 5.º. Pois ao definir o direito de reprodução, neste dispositivo, refere que esta se configura com o ato de copiar a obra, em um ou vários exemplares, no total ou em apenas pequenos trechos.

Por isso, agora cabe enfrentar de que modo a legislação autoral brasileira, compreendeu os atos de reprodução temporária; uma vez que ao dispor sobre o poder de reprodução no seu art. 30, aparenta haver integrado no seu conteúdo, a noção da cópia privada digital.

Observe-se, como já referido acima, que o legislador autoral brasileiro, no inciso VI, do art. 5.º, entendeu por delimitar a noção do ato de reprodução, em linha com o ambiente digital; pois, o define como aquele ato de «cópia de um ou de vários exemplares (...)», «incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido».

Ademais, registre-se, que a lei autoral brasileira, aparenta encerrar disciplina bastante similar à da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, pois incorpora na noção de reprodução qualquer armazenamento permanente ou temporário.

Deste modo, aparentemente se reconhece no ordenamento jurídico brasileiro que o ato de reprodução consiste na realização duma cópia por «qualquer forma tangível incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos» ou «qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido»⁶⁶⁴.

de colocação da obra em rede à disposição do público também não foi pela lei brasileira integrado no direito de reprodução.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 13.

⁶⁶⁴ Cf. Art. 5.º, inciso IV, da Lei. N.º 9.610/98.

Todavia, verifica-se, mais uma vez, o descuido com o rigor técnico da disciplina jurídica; pois que, no art. 30, o legislador autoral brasileiro, claramente afasta do exclusivo autoral os atos de reprodução temporária.

Na verdade, esta previsão encontra-se disposta no § 1.º, do referido art. 30, que refere a não aplicação do exclusivo autoral de reprodução, «quando ela for temporária». A disciplina legal ainda cumula critérios para não aplicar o direito de reprodução, exigindo, assim, que o ato de reprodução temporária, tenha apenas o «propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico»⁶⁶⁵.

Acresça-se, ainda, que o legislador autoral brasileiro, determina, neste mesmo dispositivo legal, a disciplina para as reproduções meramente técnicas, necessárias, já que impostas pelos requisitos tecnológicos, próprios do ambiente digital. Desta forma, é que se refere a tais atos de reproduções meramente técnicos, como aqueles «de natureza transitória e incidental», e que apenas se concretizam «no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular».

Sem embargo, é preciso fazer-se uma interpretação mais alargada desta previsão legal, de modo a compreender, como afastados do exclusivo autoral, não somente os atos de reprodução meramente técnicos, quando autorizados pelo autor. Assim, devem também ser incorporados à esta disciplina legal, os atos de reprodução meramente técnicos, realizados em sede de cópia para o uso privado, à semelhança da disciplina legal europeia, na alínea b), do n. 1, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Registre-se, ainda, a despeito do pouco zelo com a técnica jurídica do seu texto, que a lei autoral brasileira, efetivamente, não compreende os atos de reprodução temporária como exceção ou limite ao exclusivo autoral. Pois, a rigor do seu art. 46, não há qualquer referência a tais atos, indicando ou reforçando, objetivamente, a compreensão que os atos de reprodução temporária são entendidos como exceções ou limites ao exclusivo autoral.

O que denota e ratifica o entendimento ora enfrentado, de que o ato de reprodução temporária, encontra-se afastado do exclusivo autoral; justificando-se fortemente esta compreensão pela ausência da figura do exemplar.

⁶⁶⁵ *Verbis*: «§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico (...)». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

Pensar contrariamente à esta disposição é ponderar sobre a incorporação dum direito à transmissão eletrônica, sobre um ato que implica numa mera técnica de transmissão, que se encontra afastada do exclusivo autoral⁶⁶⁶.

Neste sentido, é que se adota o entendimento de que os atos de reprodução temporária, no ambiente digital, para a realização da cópia privada, não podem ser entendidos como incorporados ao exclusivo autoral. Inclusive, afirme-se a necessidade que não se pode afastar da uniformização do sistema jurídico internacional, sobre esta matéria. Especialmente, em face dos atos de *download* e *upload*, no ambiente digital, para a realização da cópia privada, que são realizados independentemente de espaços geográficos e sistemas jurídicos.

Deste modo, torna-se de sobremaneira importante a discussão sobre a licitude da utilização da obra protegida pelo direito de autor; já, que o resultado desta discussão estabelece, sem sombra de dúvidas o problema da licitude dos atos de reprodução meramente tecnológicos.

Como é óbvio, nesta pesquisa, o problema da utilização da obra protegida pelo direito do autor, diz respeito à natureza desta utilização. Ou seja, estudar se a cópia em ambiente digital, para o uso privado, configura-se numa utilização lícita da obra protegida.

⁶⁶⁶ Para Oliveira Ascensão o ato de transmissão não necessita de autorização, assim conclui o autor que «se houver ilícito na transmissão é por outras razões e não por carência de autorização» Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital**. in Seminário Internacional sobre Direito Autoral Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2008. Fórum Nacional de Direito Autoral. Ministério da Cultura. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.cultura.gov.br%2Fsite%2Fwp-content%2Fuploads%2F2009%2F02%2Ftexto_mesa11_ascensao.pdf&ei=vZsKU4TNDs--sQS26YQBg&usg=AFQjCNGSJGbkQEOOn8ozwJfrGQ5r6-x_yiw&bvm=bv.61725948,d.cWc>, acesso em 29.12.2013.

3.2 O uso privado

Sem embargo, delimitar a noção de reprodução para uso privado, cumpre em primeiro plano distinguir o que se entende por uso privado. Ou seja, o mesmo que compreender se o espaço livre para reprodução importa num espaço de liberdade, para uso exclusivamente privado, ou num espaço de liberdade, para fins exclusivamente privados⁶⁶⁷.

De sorte que, nesta seção, tentar-se-á decifrar no que consiste o uso privado delimitado pela generalidade dos ordenamentos jurídicos quer nacionais ou internacionais. O que implica em identificar quais são os atos de utilização da obra que se encontram compreendidos no uso privado. E, mais, definir qual é a extensão do uso privado.

Registre-se que previamente aos esclarecimentos sobre o que se compreende por cada uma destas expressões das legislações que serão apresentadas, com o fim de se delimitar o que se entende por uso privado, faz-se mister pontuar que a liberdade ora em discussão de uso privado não pode ser confundida como um princípio básico do sistema de tutela autoral. Deve ser ela, entendida como um limite alcançado pela necessária ponderação de interesses que se faz necessária⁶⁶⁸.

Por isso é que o uso privado, não escapando à centralidade social já defendida neste estudo, incorpora a natureza de contrapartida social⁶⁶⁹, normativamente prevista, pela concessão do exclusivo de exploração econômica ao autor, como uma garantia fundamental. Posto que aplicando critérios não tradicionais de ponderação⁶⁷⁰ é possível a defesa doutros direitos

⁶⁶⁷ Cf. TRABUCO, Claudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais**. In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

⁶⁶⁸ De acordo, inclusive com o problema do equilíbrio que já foi discutido nesta investigação na sua segunda parte. E, ainda identicamente ao que defende Alexandre Dias Pereira. PEREIRA, Alexandre. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tema inclusive que será discutido mais à frente nesta investigação.

⁶⁶⁹ Cf. TRABUCO, Claudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais**. In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

⁶⁷⁰ Como já estudado na segunda parte desta investigação. Esclareça-se que a garantia constitucional do exercício do exclusivo autoral, pode, em certa medida configurar-se numa forma de abuso. Cf. SANTOS, Manoel José Pereira. **Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral**. in Estudos Jurídicos, vol. 39, n.º 1, janeiro-junho, p. 24-32, 2006. Refira-se que a despeito do exclusivo autoral afigurar-se como incondicionado, não se assume o mesmo como um direito absoluto; já que a própria doutrina que encontra bases legais, para fundamentar a sua tese, defende o estabelecimento constitucional de limites, com o fim de garantir a função social do exclusivo autoral, previstas no inciso XXIII. Vd. BARBOSA, Dênis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

fundamentais, como aqueles que garantem a liberdade de expressão, de divulgação do pensamento, de acesso à informação, ao conhecimento e à educação⁶⁷¹.

Convém, observar desde já que ao se decifrar o que se entende por uso privado, em qualquer ordenamento jurídico, não se pretende discutir se este uso destina-se a um lugar privado; mas sim, perocupar-se em discutir o âmbito do mesmo; ou seja, se para uso exclusivamente privado, se para uso com fins exclusivamente privados, se para uso pessoal, se para uso na esfera privada do indivíduo⁶⁷².

Pondere-se, assim que teoricamente ao se delimitar o conteúdo do uso privado, aparentemente reside o problema em identificar quais os interesses de natureza individual são considerados para a determinação deste espaço de liberdade.

Todavia, como já apontado em linhas acima ao se reconhecer a tutela autoral como aquela construída sob um sistema livre de disseminação de cultura, informação e conhecimento científico, que ao mesmo tempo atribui a indivíduos com interesses distintos faculdades garantidas por esta mesma tutela autoral; na verdade, não somente o problema fulcra-se em identificar os interesses individuais envolvidos neste mesmo espaço livre de reprodução.

Ou seja, não se tenciona assim tão somente encontrar um ponto de equilíbrio que conforme tais interesses individuais opostos, convivendo num mesmo espaço de liberdade para reprodução. Já que ao se assegurar ao autor o exclusivo de exploração econômica da sua

⁶⁷¹ Aponte-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, destaca a importância da análise da garantia do exclusivo autoral, em face da centralidade social, para a qual esta tutela fora garantida, na previsão do seu art. 27.º, in verbis: «Artigo 27. (1) Toda a pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. (2) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.» ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Destaque-se que esta ponderação realizada no texto universal de tutela dos direitos do homem, demonstra, claramente a preocupação do estabelecimento da garantia do exclusivo autoral, tendo como condão o respeito a interesses de natureza geral e universal, incorporados na centralidade social defendida neste estudo. Cumpre notar, que paradoxalmente esta garantia dum espaço livre para uso privado, não somente assegura a tutela dum interesse de natureza geral e universal; mas, também, um interesse de natureza individual, tendo do autor como do utilizador da obra intelectual protegida.

⁶⁷² Destaque-se que esta nota já havi sido ponderada por Oliveira Ascensão quando este pretende fundamentar a possibilidade de comunicação privada ou em ambiente familiar, no tocante, portanto ao delineamento do direito de comunicação da obra ao público. Vd. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 203. Registre-se, que Claudia Trabuco utiliza esta observação para fundamentar a esfera privada de utilização, com o fito, também, de delimitar uma faculdade do direito de autor; valendo-se assim da nota de Oliveira Ascensão, mas destinada ao direito de reprodução, que na sua tese, pode muito bem ser utilizada de forma analógica. TRABUCO, Claudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais**. In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

atividade intelectual, está-se, também, fomentando a criação de novas obras, por outros autores que de alguma forma inspirar-se-ão nas já existentes; e, ainda, ao mesmo tempo beneficia a coletividade pela oferta duma imensurável diversidade de informação, cultura e conhecimento científico.

Por isso, questiona-se, em especial na legislação portuguesa e brasileira, se o conteúdo do uso privado reside num espaço de liberdade para uso exclusivamente privado, ou para fins exclusivamente privado. Assim, é que se discute, se a defesa deste espaço, que não implica em espaço físico, mas sim natureza de utilização, destina-se à satisfação dum interesse eminentemente considerado de per si, para cada indivíduo, ou se permite à satisfação dum interesse que a despeito de privado, não representa apenas o interesse dum único indivíduo, mas dum grupo específico de indivíduos que se encontram ligados por laços, familiares, afetivos e/ou pessoais.

Ademais, refira-se que não se afigura produtiva, para esta investigação, a discussão sobre a extensão do alcance das noções de meio e círculo familiar; posto que em ambas as circunstâncias entende-se por compreendido o espaço de liberdade para uso privado.

Observe-se, também, a respeito, que os laços de parentesco, não se reconduzem unicamente às relações de consanguinidade, vão mais além. As relações atuais são afetivas, ligadas pelo vínculo de convivência, reciprocidade, cuidado e assistência mútua⁶⁷³.

Sem dúvidas, não se compreenderá neste meio ou círculo familiar, todas as relações que carecem deste traço de afetividade, de valorização do cuidado entre os seus entes e de promoção do desenvolvimento de cada integrante desse núcleo social⁶⁷⁴, circunscrevendo-se, portanto no conceito de uso público.

Curiosamente, sobre o problema, o Copyright Act norte-americano, entende que a execução ou exibição pública duma obra protegida ocorre quando esta é exibida num lugar aberto indistintamente público. Incluindo, ainda, desta noção de lugar aberto ao público, aquela

⁶⁷³ É esta entidade multifacetada que propicia e sustenta os seus componentes no âmbito afetivo, ético, humanitário, moral e material, transmitindo valores culturais e de solidariedade. Cf. KALOUSTIAN, Sílvia Manoug. (org). **Família Brasileira. A base de tudo**. UNICEF. Brasília: Editora Cortez, 2000.

⁶⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica**. 4.^a ed. São Paulo: Forense, 2012.

exibição ou execução que ocorra exteriormente ao normal círculo familiar, bem como suas relações sociais⁶⁷⁵.

Muito embora, esta distinção de campos de atuação, ou até mesmo a própria noção de público, hoje apresenta-se esbatida; fundamentalmente em razão das novas tecnologias de comunicação e informação, que não somente revolucionaram os mecanismos tecnológicos, mas especialmente o modo como o homem age e interage.

Observe, como já exaustivamente explorado nesta investigação que as barreiras físicas e temporais foram praticamente ultrapassadas. As relações humanas atuais são virtuais, simultâneas e multifacetadas. Portanto, a tarefa do intérprete da lei tornou-se muito mais árdua; posto que já não é assim clara a distinção entre o público e o privado⁶⁷⁶.

De sorte que para os fins a que se propõe este estudo, definir o âmbito de atuação do uso privado, por forma a delimitar o campo de licitude do espaço de liberdade para o uso privado, não deve apontar para uma lógica fisicamente espacial; mas, sim para uma lógica das finalidades do uso pretendidas pelo sujeito que faz uso da cópia.

Por conseguinte, refira-se, que a adoção de entendimento restritivo quanto à delimitação da noção de uso privado, especialmente aqui neste particular, no que toca à esfera privada de utilização, forçosamente diminui o espaço de liberdade para o utilizador da obra protegida pelo direito de autor.

Esta compreensão não lata da esfera privada de utilização, não se apresenta a de melhor solução, pois restringe o acesso à informação, à cultura e ao conhecimento científico. Acaba por considerar violador um simples ato de partilhar com os seus colegas de trabalho as grandes obras cinematográficas de “La strada”, “Cinema Paradiso” ou “Melodia Imortal” e as suas respectivas trilhas sonoras.

Assim é que se passou a admitir o uso não somente pessoal; ou seja, aquele destinado à um único indivíduo; ampliando-se assim o uso entre um círculo de indivíduos ligados por algum

⁶⁷⁵ Esclarecedora e surpreendente é a previsão da seção 101 do Copyright Act norteamericano que prescreve in verbis: «(...) To perform or display a work “publicly” means — (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered (...)» Tradução livre: «(...) Executar ou exibir um trabalho “publicamente” significa - (1) executar ou exibi-lo num lugar aberto ao público ou em qualquer lugar onde um número substancial de pessoas fora do normal círculo familiar e de seus conhecimentos sociais são reunidos».

⁶⁷⁶ Assim, é possível identificar-se situações em que o uso público ocorra em local privado e outras em que o uso privado concretize-se em local público. Vd. neste sentido PINTO, Rui Carlos. **Obras não Protegidas, Uso Privado e Utilizações Livres. Contributo para o Estudo do seu Regime.** in Revista Jurídica da Associação de Alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n.º 16/17, p. 73-97, Junho de 1992, p. 47-48.

traço característico, que os distingue enquanto um grupo individualizado, em face de toda a coletividade. Como por exemplo o uso realizado, pelos indivíduos que pertencem à mesma família, ao mesmo ciclo de amizade ou de atividade laboral, numa comemoração qualquer com a finalidade de reuni-los, enquanto grupo destacado⁶⁷⁷.

Cumpre-se, ainda, destacar a figura do uso interno⁶⁷⁸, que é considerado um uso fronteiro com o uso público e o privado⁶⁷⁹. Observe-se, a respeito, que nesta investigação o destaque da figura do uso interno, não parece confundir-se com a figura do uso para fins exclusivamente privado. Como dito anteriormente, a noção de espaço que ora se discute não se prende com a noção geográfica do mesmo; mas sim com a noção de liberdade. Porquanto, assume-se, também como uso para fins exclusivamente privado, nesta investigação, aquela reprodução promovida por um indivíduo no seu ambiente de trabalho que deseja compartilhar com os seus colegas de seção, por exemplo, o último e mais recente álbum de sua banda de rock preferida.⁶⁸⁰

Ademais, discute-se, também, se o uso privado deve limitar-se à reprodução que estritamente satisfaça interesses ou necessidades puramente pessoais ou se este pode estender-se às reproduções com fins profissionais, acadêmicos e econômicos⁶⁸¹.

Por estas e outras razões que serão discutidos ao longo desta seção a compreensão de uso privado adotada por alguns ordenamentos jurídicos. Ou seja, identificar, portanto, no que se compreende o conteúdo e a extensão do uso privado.

⁶⁷⁷ Neste mesmo sentido vd. LIPSZYC, Délia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 224-225.

⁶⁷⁸ Lembre-se, destacada, apenas nos atos de reprodução concretizados por meios reprográficos, como referido na legislação autoral portuquesa.

⁶⁷⁹ Esta observação bastante cuidadosa é realizada por Carlos Roger Vide, para quem este uso interno, pode ser denominado, também de uso semipúblico ou semiprivado. VIDE, Carlos Roger. **Estudios Completos de Propiedad Intelectual**. Madrid. AISGE, 2003, p. 244.

⁶⁸⁰ Botana, esclarece que o alcance e significado da expressão uso privado de acordo com a legislação espanhola, abre espaço para o que se deve entender como uso público, aquela utilização realizada por uma pluralidade de indivíduos num ambiente não estritamente doméstico. E que este uso está insculpido no art. 20.1 da legislação autoral espanhola, que define o conceito de comunicação ao público, pode-se definir o uso público como aquela utilização realizada por uma pluralidade de indivíduos num ambiente não estritamente doméstico. Compreendendo, deste modo que o uso privado consiste na reprodução duma obra quando a mesma seja utilizada por um único indivíduo, ou por uma pluralidade de indivíduos, desde que em ambiente estritamente doméstico. Cf. BOTANA AGRA, Manuel José. **Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual**. ADI 12 (1987-1988), p. 49. Este também é o entendimento de DELGADO, para quem o uso estritamente doméstico, compreenderia aquele realizado no seio da família do copista, admitindo uma composição lata de família, preocupando-se assim, não apenas com o fenômeno da consanguinidade, mas sim com os laços e afetividade. Cf. DELGADO, Antonio. **La copia privada en España**. in *Derecho de autor y derechos afines al de autor*. Recopilación de artículos de Antonio Delgado Porras. vol. 1, págs. 37-62, Madri: Instituto de Derecho de Autor, 2007, p.29.

⁶⁸¹ É o que dicute POMAR, Fernando Gómez. **La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia**. Revista crítica de derecho inmobiliario, p.165-218, Ano nº 69, n.º 614, 1993.

Frise-se, assim, que este debate passará por entender se o uso privado destina-se a delimitar um espaço físico ou geográfico de lugar privado. Ou ao contrário, determinar que a noção de uso privado passa pela discussão do seu âmbito, isto é, da natureza da utilização. E, deste modo, não delimitar a noção de uso privado por uma lógica física e espacial; mas, sim por uma lógica que discuta as finalidades das utilizações pretendidas, por quem deseja fazer uso da cópia.

Como, também, passará por compreender se a noção de uso privado, implica em delimitar se a utilização destina-se uso exclusivamente privado, portanto pessoal, já que estritamente satisfaz os interesses ou necessidades estritamente pessoais. Ou diversamente, estudar que a noção de uso privado toda de perto, com a discussão em saber se a utilização, destina-se a uso com fins exclusivamente privados, ou seja, se para uso na esfera privada do indivíduo. E, mais, admitir que a noção de uso privado possa ser estendida para outros atos de utilização, que escapam a esfera privada do indivíduo, isto é, para os atos de reprodução com fins profissionais, académicos, científicos, dentre outros.

Saliente-se, ainda, que a discussão ensejará o debate sobre a qualidade dos interesses envolvidos nas utilizações. Admitir, apenas, a compreensão de que o uso privado, leva a contornos, eminentemente de natureza individual, destinados à satisfação dum interesse eminentemente considerado de per si, para cada indivíduo. Ou, de lado oposto, admitir, que a noção de uso privado, deve levar em consideração a satisfação dum interesse que, a despeito de privado, não representa apenas o interesse dum único indivíduo, mas dum grupo específico de indivíduos que se encontram ligados por laços, familiares, afetivos e/ou pessoais.

No que toca à legislação espanhola, em particular, anteriormente à sua mais recente atualização, pode-se verificar que a discussão vinha à baila; posto que para alguns doutrinadores a expressão uso privado, expressa tanto no, n.º 1, do revogado art. 25⁶⁸², como

⁶⁸² Disciplinava a lei espanhola de direitos de autor, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 22 de abril, no seu art. 25, disciplinador da compensação equitativa pela cópia privada: «(...) 1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejen de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.» Esclareça que a legislação de direito intelectual tanto a nível internacional, como nacional, utilizada nesta investigação, pode ser encontrada na página web da Organização Mundial da Propriedade intelectual; <<http://www.wipo.int/wipolex>>. De 22.03.2012 a 06.12.2012 em Espanha a cobrança da compensação equitativa fora suspensa, conforme ver-se-á mais a frente.

no n.º 2.º, do art. 31⁶⁸³, implicava num uso pessoal, como o que se previa no conteúdo do projeto de lei para tais dispositivos⁶⁸⁴. Já para outros as expressões uso pessoal e uso privado distinguem-se. Para estes o uso pessoal é aquele unicamente aproveitado pela pessoa do utilizador, neste sentido do próprio copista⁶⁸⁵.

Destaque-se assim, que o uso pessoal, configura-se naquele em que o exemplar da obra reproduzida, destina-se à utilização exclusiva do indivíduo que realizou a cópia. Portanto, esta tese é aquela que reside no estabelecimento dum óbice para a reprodução da obra; ou seja a garantia de que o uso privado finda-se num uso pessoal, e de que a obra não sairá das mãos do indivíduo que a copiou⁶⁸⁶.

Sem embargo, a análise mais próxima do n.º 2, do art. 31, da lei autoral espanhola, denota que os contornos do uso privado, determina uma utilização pessoal. De sorte que, a licitude desta utilização, configura-se, na exigência dum uso pessoal, excludente do uso coletivo. Aliás, esta é a previsão normativa, que determina lícita a cópia, quando esta não seja objeto duma utilização coletiva nem lucrativa.

Acrescente-se, ainda, sobre a legislação espanhola a disposição do n.º 4, do art. 3.º do Real Decreto 1657/2012, que altera o regime da cópia privada disposta na Lei de Propriedade Intelectual. Esta nova previsão, acaba por lançar uma distorção do sistema jurídico das utilizações livres em Espanha, na medida em que apresenta duas noções distintas sobre o uso privado, a depender do meio utilizado para a realização da cópia. Ou seja, acaba por estabelecer contornos distintos para o uso privado, alterando a sua noção, que agora se encontra vinculada ao ambiente no qual a cópia é realizada, analógico ou digital.

⁶⁸³ É o que se pode depreender da leitura do referido dispositivo legal da lei autoral espanhola de n.º 2, do art. 31, que in litteris refere: «(...) 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.» ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N.º 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>.

⁶⁸⁴ É o que defende BOTANA AGRA, Manuel José. **Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual**. ADI 12 (1987-1988), p. 37-86.

⁶⁸⁵ Neste sentido vd. DELGADO, Antonio. **La copia privada en España**. in Derecho de autor y derechos afines al de autor. Recopilación de artículos de Antonio Delgado Porrás. vol. 1, págs. 37-62, Madri: Instituto de Derecho de Autor, 2007.

⁶⁸⁶ Cf. LIPSZYC, Délia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 222.

Como já referido anteriormente, a lei autoral espanhola, não apresenta um regime jurídico próprio para a cópia privada reprográfica; mas, em virtude das alterações introduzidas pelo Real Decreto 1657/2012, este regime próprio, acabou por ser consagrado. E, exatamente, neste novo regime é que se encontra a distinção da noção de uso privado; já que, a alínea a), do n.º 4, do art. 3.º deste recente diploma legal, impõe regra distinta para a cópia privada realizada no meio analógico.

Na verdade, o referido dispositivo, altera a noção de uso privado, no que concerne à cópia privada reprográfica, pois determina ser ilícito o ato de reprodução, realizado em estabelecimento dedicado à realização de reproduções para o público, ou em estabelecimentos que ponham à disposição do público, equipamentos, aparelhos e materiais para a sua realização.

Neste sentido, observa-se, claramente, que a noção de uso privado, no que diz respeito à cópia privada reprográfica, foi alterada. Não se compreende mais, nesta modalidade de cópia, os contornos do uso privado, vinculados à finalidade a que se destina a utilização. Passa-se a adotar, o espaço geográfico, o lugar, como o critério delimitador da noção de uso privado.

Assim, a cópia privada reprográfica realizada nas qualidades de estabelecimentos de atendimento ao público, referidas acima, compreendem-se como utilizações ilícitas, já que o ato de reprodução, realizados neste ambiente encontra-se fora do uso privado.

Registre-se, ademais, que a despeito do Real Decreto 1657/2012, não haver alterado a noção de uso privado, para a cópia privada digital, delimitando os seus contornos de acordo com o espaço geográfico em que é realizado, observe-se que foi acrescido um critério novo, ausente na lei de propriedade intelectual espanhola.

A alínea c), do n.º 4, do art. 3.º do Real Decreto 1657/2012 é a responsável por tal introdução. Este dispositivo, estabelece que não se considera lícito o ato de reprodução realizado em ambiente digital, quando a cópia for obtida através de equipamentos, aparelhos e suportes que não tenham sido postos à disposição dos utilizadores privados.

Esta disciplina, gera algumas dúvidas, em especial, no que concerne ao sujeito e ao modo utilizado para colocar equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital à disposição do público. Note-se que, a lei não é precisa quanto à determinação do sujeito e do modo, cingindo-se, tão-somente, a referir que estes equipamentos, aparelhos e suportes de

reprodução digital, devem ter sido colocados à disposição do público. Assim, não toma o devido cuidado em definir quais são os sujeitos habilitados a colocar à disposição do público.

Aponte-se, ainda, que o ordenamento jurídico francês, a despeito de restritivo no que diz respeito à exigência de identidade entre o autor material da cópia e o beneficiário da mesma; adota uma posição intermediária, na medida em que parcialmente autoriza o uso privado familiar.

Observe-se, todavia, que esta qualificação intermediária da posição adotada pelo legislador autoral francês, reside no fato da autorização para o uso privado familiar, estar apenas autorizado para os atos de representação; proibindo-se, aparentemente os atos de reprodução, mesmo que em ambiente familiar⁶⁸⁷.

Saliente-se, ainda, quanto ao regime francês de utilização livre, que este não foi construído levando-se em consideração a noção espacial e geográfica de uso privado. De fato, a opção foi pela adoção da noção de uso privado, considerando a qualidade do uso; ou seja, se a utilização destina-se ao uso pessoal do próprio copista, em se tratando de ato de reprodução, ou ao uso privado, circunscrevendo-se neste uso, aquele destinado ao benefício de sujeitos que integram o círculo familiar, apenas para o ato de representação.

Merece, também, destaque, a legislação autoral alemã⁶⁸⁸, pois que interpretada restritivamente apresenta a noção de uso privado como aquele de natureza essencialmente pessoal. Todavia,

⁶⁸⁷ Este é o sentido da lei, in verbis: «Article L122-5 Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille; 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, (...)» Tradução livre: «Quando a obra foi divulgada, o autor não pode proibir: 1.º As representações privadas e gratuitas efetuadas exclusivamente num círculo familiar; 2.º .º As cópias ou reproduções realizadas a partir duma fonte lícita e estritamente reservada à utilização privada do copista e que não se destine à uma utilização coletiva (...)» FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

⁶⁸⁸ § 53 que disciplina sobre a reprodução para uso privado e outros usos pessoais: «(1) It shall be permissible for a natural person to make single copies of a work for private use on any medium, insofar as they neither directly nor indirectly serve commercial purposes, as long as no obviously unlawfully-produced model or a model which has been unlawfully made available to the public is used for copying. A person authorised to make copies may also cause such copies to be made by another person if no payment is received therefore, or if it involves copies on paper or a similar medium which have been effected by the use of any kind of photomechanical technique or by some other process having similar effects. (2) It shall be permissible to make single copies of a work or to have these made: 1. for one's own scientific use if and to the extent that such reproduction is necessary for the purpose and it does not serve a commercial purpose; 2. for inclusion in a personal archive if and insofar as the reproduction is necessary for this purpose and one's own personal copy of the work is used as the model from which the copy is made; 3. for one's own personal information concerning current affairs if the work was broadcasted; 4. for other personal use: a) in the case of small parts of a released work or individual articles being released in newspapers or periodicals, b) in the case of a work which has been out of print for at least two years.» Tradução livre: «(1) Será permitido a uma pessoa singular realizar cópias únicas de uma obra para uso

para esta investigação esta não se demonstra a melhor solução para a definição do que se entende por uso privado, que deve ser entendido não somente como o uso estritamente pessoal, mas sim como um uso mais lato, que satisfaça também outros interesses ou necessidades desde que não lucrativas; como por exemplo ao uso com finalidade educacional, de docência, de pesquisa.⁶⁸⁹

Na verdade, a lei autoral alemã, não introduz esta noção mais restrita de uso privado; pois, logo no título do seu § 53, verifica-se que este dispositivo irá regular tanto as utilizações privadas como outros usos pessoais. Denote-se, ainda, que no n.º 1, deste preceito legal, determina-se a autorização para a realização de cópias fundadas no uso privado, exigindo que este não tenha finalidade comercial, quer direta ou indireta. Inclusive, acrescente-se, que a referência ao uso pessoal, é realizada nos n.º 2, 3 e 3 deste mesmo dispositivo legal.

Desta sorte, não adotou o legislador autoral alemão, uma disciplina restritiva do uso privado, admitindo tão-somente atos de utilização pessoal. Ressalte-se, que a opção foi por regular tanto as hipóteses de uso privado, como as de uso pessoal.

privado em qualquer mídia, na medida em que estas nem direta ou indiretamente, destinem-se a fins comerciais, desde que nenhum modelo, disponível ao público, produzido ou obtido de forma manifestamente ilegal, tenha sido utilizado para copiar. A pessoa autorizada a realizar cópias também pode solicitar que tais cópias sejam realizadas por outra pessoa, desde que nenhum pagamento seja recebido para tanto, ou tratando-se de cópias em papel ou em meio semelhante, que estas sejam realizadas com o uso de qualquer tipo de técnica fotomecânica ou por qualquer outro processo com efeitos semelhantes. (2) Será permitido realizar ou mandar que sejam realizadas cópias únicas de obras: 1. para uso pessoal científico, se e na medida em que a reprodução seja necessária para o efeito; 2. para serem incluídas em arquivos pessoais, se e na medida em que a reprodução para esta finalidade é necessária, e se uma cópia pessoal da obra é utilizada como modelo para a reprodução, 3. para a obtenção de informações pessoais sobre os atuais eventos, no caso de uma obra de difusão; 4. para outros usos pessoais, (a) no caso de pequenas partes de obras publicadas ou de contribuições individuais que foram publicadas em obras ou contribuições individuais que foram publicadas em jornais ou revistas; (b) no caso duma obra que se encontra fora de impressão por pelo menos dois anos; (3) Será permitido fazer ou mandar que sejam feitas cópias de pequenas partes duma obra impressa ou das contribuições individuais publicadas em jornais ou revistas para uso pessoal: 1. no ensino, em instituições não comerciais, de educação e de ensino ou em instituições de educação profissional numa quantidade necessária para uma classe da escola, ou, 2. para exames estaduais e exames em escolas, universidades, instituições não-comerciais de educação e de ensino superior e na educação profissional na quantidade necessária, se e na medida em que a reprodução é necessária para este fim.» ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html>>. Fernando Pomar, ainda destaca que compreender o uso privado, como um uso destacado apenas e tão-somente para a satisfação de necessidades e interesses pessoais, trata-se duma interpretação restrita, comum inclusive no texto legal alemão. POMAR, Fernando Gómez. **La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia**. Revista crítica de derecho inmobiliario, p.165-218, Ano nº 69, n.º 614, 1993.

⁶⁸⁹ Nesta mesma senda detalha Delia Lipszyc, ao definir o que se entende por uso pessoal. LIPSZYC, Délia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 222. Vd. ainda neste mesmo sentido GÓMEZ, Eduardo Serrano. **Los Derechos de Remuneración de la Propiedad Intelectual**. Madri: Dykinson, 2000, p. 21 e, BOTANA AGRA, Manuel José. **Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual**. ADI 12 (1987-1988), p. 49.

No que concerne ao âmbito do uso privado na Alemanha, este segue de perto o legislador comunitário, que delimitou os seus contornos de acordo com o fim a que se destina a utilização. Por isso, qualquer interpretação restritiva do uso privado, no texto autoral alemão, determinando que os seus contornos são definidos segundo o espaço geográfico, físico em que ocorrem os atos de reprodução para uso privado, deve ser afastada.

Em Portugal o Código de Direito de Autor e Conexos, informa duas noções distintas de uso privado, o que denota a impropriedade da previsão do mesmo instituto em dispositivos distintos, facilitando assim a confusão de noções sobre o que se entende por uso privado⁶⁹⁰.

Assim, nota-se que a confirmação do espaço de liberdade para uso exclusivamente privado, encontra-se expressamente prevista tanto na alínea b), do art. 81.^{o691}, como na alínea a), do n.º 2, do art. 75.^{o692}. Aparentemente a legislação autoral portuguesa, define a noção de uso privado, nestes dois dispositivos, como aquele que se destina à utilização meramente pessoal.

Refira-se que este modo restritivo de definir o uso privado, como aquele meramente pessoal, decorre da mera referência no texto da alínea b), do art. 81.º, da expressão, «uso exclusivamente privado», e ainda da previsão na alínea a), do n.º 2, do seu art. 75.º, da expressão «uso para fins exclusivamente privados».

Entretanto, firmando um entendimento mais alargado de uso privado, admitindo-se, portanto, não apenas a utilização pessoal, refira-se a previsão do art. 108.º, da legislação autoral portuguesa, que semelhante ao legislador francês estendeu os atos de reprodução para uso privado, para aquelas utilizações perpetradas no seio da família. Assim, o texto autoral

⁶⁹⁰ O que já foi defendido por Cláudia Trabuço, ao referir-se ao tratamento da cópia privada, tanto na alínea b), do seu art. 81.º, como na alínea a), do n.º 2, do seu art. 75.º. TRABUCO, Cláudia. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 502-503.

⁶⁹¹ Leia-se *ipsis verbis* o dispositivo referido: «(...) b) Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁶⁹² É o que se lê expressamente na transcrição da norma em apreço: «(...) a) A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos; (...)». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

português, adota uma posição sobre o uso privado para efeitos de representação, como aquele realizado num “meio familiar”⁶⁹³.

Muito embora, o legislador francês opte pela denominação “círculo familiar”, fato é que ambos os regimes jurídicos, parecem apontar para uma solução distinta, a depender da qualidade do ato realizado para uso privado.

Assim, tratando-se dum ato de reprodução para uso privado seja o ato realizado num meio, ou num círculo familiar, encontra-se o mesmo no campo da ilicitude, em ambos os ordenamentos jurídicos. Entretanto, tratando-se dum ato de representação para uso privado seja o ato realizado num meio, ou num círculo familiar, encontra-se o mesmo no campo da licitude, em ambos os ordenamentos jurídicos.

Cumpra-se porém questionar sobre a manutenção do campo da licitude, se o ato de representação para uso privado, num meio ou num círculo familiar, encerra a necessidade de onerosidade, por força das próprias despesas do ato de representação. Como, por exemplo, na hipótese, da necessidade de participação financeira de todos os familiares, para que o gozo da representação da obra, no evento comemorativo familiar logre êxito.

Nesta hipótese em concreto, o fato da onerosidade do ato de representação, com a participação financeira de todos os familiares, está longe de configurar-se um ato com finalidade lucrativa⁶⁹⁴. Assim, parece razoável entender que este ato de representação para uso privado, num meio ou num círculo familiar, permanece no campo da licitude, tanto na lei autoral francesa como portuguesa⁶⁹⁵.

De qualquer sorte, observe-se que a redação da alínea a), do n.º 2, do art. 75.º do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal, apresenta dois regimes jurídicos para os atos de reprodução. Na primeira parte deste dispositivo legal, encontra-se a referência ao regime jurídico da cópia privada reprográfica e na sua segunda parte, tem-se a previsão do regime jurídico da cópia privada digital.

⁶⁹³ O dispositivo em comento refere: «Art. 108.º (...) 2- Se a obra tiver sido divulgada por qualquer forma, e desde que se realize sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar, a representação poderá fazer-se independentemente de autorização do autor, princípio que se aplica, aliás, a toda a comunicação.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁶⁹⁴ Em sentido contrário apresenta-se a posição de Pierre-Yves Gautier, apresentando que a melhor solução funda-se em utilizar um critério chave de classificação do conjunto de pessoas vinculadas pelo gozo da obra no círculo familiar. GAUTIER, Pierre-Yves.

⁶⁹⁵ Neste mesmo sentido vd. LATREILLE, Anotoine. **La Copie Privée Démythifiée**. in Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, n.º 3, p. 403-411, Julho/Setembro 2004, p. 408.

Saliente-se, que a expressão «uso para fins exclusivamente privados», refere-se apenas à cópia privada realizada em papel ou suporte similiar. Entretanto, no que concerne ao regime jurídico da cópia privada digital, esta expressão é substituída pela simples referência ao «uso privado»⁶⁹⁶.

Assim, para a cópia privada digital, tudo indica que o legislador autoral português, define o âmbito do uso privado, de modo mais alargado. Portanto, inclui-se nesta noção de uso privado, não somente os atos de utilização pessoal, como também aqueles atos que escapam à esta mera utilização pessoal, incorporando-se os atos de utilização num círculo familiar ou de amizades do utilizador. Excluído, por isso, estará os atos de utilização que se destinem ao âmbito público, fora deste círculo familiar ou de amizades.

Por seu turno a legislação brasileira de direito de autor utiliza a expressão uso privado, prevista no inciso II⁶⁹⁷, do art. 46, localizado no capítulo IV da lei, que cuida das limitações aos direitos autorais, inserto no título III que disciplina os direitos do autor⁶⁹⁸.

Frise-se, neste particular que a lei brasileira parece ser a que mais restritamente compreende a noção de uso privado; posto que diferentemente do legislador português, espanhol e alemão, não deixou margens à compreensão mais extensiva. A lei autoral brasileira, refere expressamente que a reprodução sem a prévia autorização do autor não constitui ofensa ao direito de autor desde que realizada «para uso privado do copista».

Muito embora, a redação adotada pelo legislador brasileiro⁶⁹⁹ não tenha deixado espaço para grandes discussões, ao contrário do facultado pelo legislador português, como já analisado em

⁶⁹⁶ Leia-se a segunda parte da alínea a), do n.º 2, do art. 75.º do Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal *in verbis*: «(...) bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁶⁹⁷ Previsão, da Lei n.º 9.610/98, expressa *in literis* a seguir: «(...) II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; (...)» BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁶⁹⁸ De referir que surpreendentemente o regime autoral argentino, não traz nenhuma previsão normativa expressa sobre o âmbito privado de utilização das obras protegidas pelo direito de autor. Cinge-se a Lei n.º 11.723 de 26.09.1933 que regulamenta o regime legal da propriedade intelectual, a disciplinar que o ato de realizar uma cópia com finalidade lucrativa será sancionado, nos termos do art. 72bis. No Chile a última reforma da Lei n.º 17336, de 02.10.1970, ocorreu em 04.05.2010, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 20435 que estabeleceu um longo catálogo de limitações e exceções ao direito de autor, autorizando determinadas utilizações das obras protegidas pelo direito de autor, sem a prévia autorização ou remuneração ao autor ou titular dos direitos de autor. Todavia, esta extensa lista não estabeleceu um regime de autorização para a cópia privada; a modificação na lei, restringiu-se a introduzir no art. 71 N, um direito de representação de fonogramas realizado no núcleo familiar.

linhas acima; esta não apresenta uma solução mais próxima da realidade, como tentam o legislador espanhol e o alemão.

Ou seja, numa leitura estrita do inciso II, do art. 46, o legislador brasileiro parece restringir o uso privado, exclusivamente para aquela utilização realizada pelo próprio copista, não se admitindo o uso privado extensível ao núcleo familiar, muito menos social, daquele que realiza a cópia.

Todavia, a noção do que se considera a esfera privada do utilizador, em geral comporta relações familiares e de amizade. De modo, que sem dúvidas, a cópia realizada para o uso privado, incorporará tais relações sociais do copista, não sendo admissível, restringi-la a atos de utilização meramente pessoais do copista, que excluem qualquer sorte destas relações sociais⁷⁰⁰.

Neste sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao estabelecer que qualquer execução de mídias gravadas, realizadas no âmbito duma festa social, estando ausente o objetivo de lucro, direto ou indireto, reputar-se-á ínsita na noção de uso privado⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ Note-se, que o Código Francês de Propriedade Intelectual, adota o mesmo tom de proteção, criando um sistema de utilização livre, bastante apertado, assim como o brasileiro, posto que também em França, apenas se admite o uso privado para o próprio copista. Leia-se o dispositivo em causa: «Article L122-5 Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille; 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, (...)» Tradução livre: «Quando a obra foi divulgada, o autor não pode proibir: 1.º As representações privadas e gratuitas efetuadas exclusivamente num círculo familiar; 2.º As cópias ou reproduções realizadas a partir duma fonte lícita e estritamente reservada à utilização privada do copista e que não se destine à uma utilização coletiva (...)». FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>. É de se destacar, porém que diferentemente do brasileiro, o legislador francês abre espaço para o uso privado, num núcleo familiar, quando este representar um ato de representação; mas parece proibi-lo no caso da reprodução, ou seja, da realização da cópia.

⁷⁰⁰ Como no exemplo típico, da reprodução numa festa particular duma mídia, para fins de ambientação sonora. Portanto, ausente qualquer finalidade lucrativa, como a cobrança de ingressos, não se concebe enquadrar este ato de reprodução como fora do uso privado.

⁷⁰¹ Leia-se na íntegra a ementa da referida decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: «Civil. Direito Autoral. Festas sociais sem intuito de lucro. A execução de músicas gravadas, em discos e fitas, em festas comunitárias de moradores de conjuntos habitacionais, sem objetivo de lucro, direto ou indireto, não está sujeita ao pagamento de direitos autorais e nem de licença do órgão encarregado de sua arrecadação» BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Dias Trindade. **REsp. 26543-9/PR, 23/11/1992**. Diário da Justiça de 23/11/1992, p. 21886, LEXSTJ, vol. 43, p. 250. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200213090&dt_publicacao=23/11/1992>. Cumpre, observar que a referida decisão foi proferida em sede da legislação autoral brasileira de 1973. Advirta-se, no entanto, que estando em causa atos de representação, como nas hipóteses de execução musical ao vivo, mesmo que em sede de festa particular, o entendimento dos tribunais brasileiros tem sido divergente. A exemplo do entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Civil n.º 1.0024.07.481171-2/001, que defendeu estar fora do uso privado esta qualidade de utilização, sendo, portanto, devida a remuneração ao autor. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Des. Domingos Coelho. 12ª Câmara Cível. **Apelação Cível 1.0024.07.481171-2/001**. Diário Oficial do Estado, 13.10.2009. Disponível em

Do mesmo modo entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao determinar em casos semelhantes de sonorização ambiente em eventos particulares, que a noção de uso privado, consiste na «Ausência de finalidade pública e de finalidade lucrativa»⁷⁰², compreendendo, portanto o «Recesso familiar, independentemente da grandiosidade da festa ou local do evento»⁷⁰³.

Registre-se, ainda, a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que de modo bastante claro ao estabelecer a noção de uso privado, interpreta o sentido do texto autoral brasileiro, afirmando que «A intenção da norma, enquanto, elemento de valor para a conduta humana, foi observar que a referida expressão (recesso familiar) deve ser entendida na dimensão do ambiente envolvendo intimamente as pessoas ligadas por afetividade, no que o casamento se amolda.»⁷⁰⁴

Contudo, observe-se, que semelhantemente ao quadro comunitário a lei brasileira de direitos de autor, define o âmbito do uso privado, de acordo com a finalidade privada dos atos de utilização. O que denota, que o texto do inciso II, do art. 46 em apreço, não faz qualquer distinção quanto ao espaço geográfico, físico, no qual os atos de utilização para fins privados ocorrem.

Todavia, surpreendentemente o Superior Tribunal de Justiça brasileiro de modo bastante confuso, vinha em determinadas circunstâncias adotando este mesmo posicionamento, e noutras entendendo contrariamente. A exemplo das decisões deste órgão julgador, sobre a noção de uso privado, aplicada ao mesmo ato de sonorização ambiente, particularmente, nos quartos de hotéis e outros estabelecimentos congêneres⁷⁰⁵.

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.481171-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>.

⁷⁰² Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mendes Pereira. **Apelação Civil n.º 0182211-15.2011.8.26.0100**. Diário Oficial do Estado, 09.11.2012. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6881677>>.

⁷⁰³ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Des. Teixeira Leite. 4.ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Civil n.º 994070387116**. Diário Oficial do Estado, 05.06.2009. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3292364>>.

⁷⁰⁴ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Rel. Des. Luiz Osório Moraes Panza. 6.ª Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 948565**. Decisão unânime de 20.11.2012. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11379893/Acórdão-948565-8#integra_11379893>.

⁷⁰⁵ Cf. a decisão proferida em sede do Recurso Especial n.º 138690, que entendeu serem devidos «(...) os direitos autorais pela retransmissão (Súmula 63), mas, tratando-se de transmissão, feita através de rádio colocado à disposição dos hóspedes ou frequentadores, não se justifica a cobrança.». No seu voto o Ministro Nelson Naves entendeu que a utilização de aparelho de rádio no quarto dos hóspedes é equivalente àquela utilização «doméstica e não comercial, já que o hóspede age como se em sua residência estivesse», não sendo aplicável, portanto, a Súmula n.º 63 do Superior Tribunal de Justiça, já que «não se trata de transmissão radiofônica de música». BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nelson Naves. 3.ª Turma Julgadora. **Recurso**

Observe-se, todavia, que a generalidade destas decisões são concernentes a atos de utilização de aparelhos de rádio e televisão, portanto atos de transmissão ou retransmissão⁷⁰⁶. Mas que, servem de fundamentação teórica extensível aos atos de reprodução.

Inicialmente, entendeu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro pela licitude destes atos, não sendo cabível, a cobrança de valores em virtude das referidas utilizações, já que reservadas aos quartos dos hóspedes, portanto, consistindo um ato de uso privado⁷⁰⁷. O que denota, haver este órgão julgador, optado pela noção de uso privado, destacada quanto ao âmbito espacial, físico ou geográfico.

Posteriormente, este mesmo Tribunal, acaba por alterar o seu entendimento inicial, e restaura a noção de uso privado, definindo-a de acordo com a finalidade da utilização realizada, ou seja, se para fins privados. Este atual posicionamento leva em consideração que a finalidade privada, não se encontra, nos atos de utilização de aparelhos de rádio e televisão, independentemente destes serem realizados, nos quartos dos hóspedes ou em áreas de uso coletivo.

Fundamenta, neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que inexistente uso privado, uma vez que a disponibilização destes aparelhos, resulta num incremento dos serviços ofertados por estabelecimentos desta natureza⁷⁰⁸. De sorte que cabível a cobrança pela realização de tais utilizações, que se compreendem fora do uso privado⁷⁰⁹.

Especial n.º 1997/0045982-9 (REsp. n.º 138690/SP). Julgamento de 06.12.1999. Publicação Diário da Justiça de 04.09.2000, p. 147. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700459829&dt_publicacao=04/09/2000>.

⁷⁰⁶ O que implica em referir que a noção de uso privado aqui definida pelas decisões apresentadas, foram proferidas em sede do art. 68 da lei autoral brasileira, que cuida do direito de comunicação da obra ao público, mediante atos de representações e execuções públicas.

⁷⁰⁷ Neste mesmo sentido, entendeu o mesmo órgão julgador, destacando que: «em se tratando, porém, de retransmissão dentro dos quartos, não se pode exigir o pagamento de direitos autorais, inclusive em razão de não haver execução pública, mas sim privada, das músicas.» Vd. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Eduardo Ribeiro e Rel. Acórdão Min. Waldemar Zvetier. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1997/0074492-2 (REsp n.º 97.081/RJ).** Julgamento 09.08.1999. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57724&nreg=199700744922&dt=20010430&formato=PDF>>.

⁷⁰⁸ De acordo com este novo posicionamento o Superior Tribunal de Justiça, acaba por entender estar fora do uso privado tais qualidades de utilizações, «por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meio de hospedagem». Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.ª Turma Julgadora. Rel. Min. Sidnei Beneti. **Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial 1261136/RS.** Julgamento em 19.06.2012. Diário da Justiça Eletrônico de 27.06.2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1156594&sReg=201101384445&sData=20120627&formato=HTML>.

⁷⁰⁹ Da mesma forma entendeu o Superior Tribunal de Justiça, a respeito das utilizações de tais aparelhos de rádio e televisão em hospitais e clínicas, Vd. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª Turma Julgadora. Rel. Min.

Sem embargo, parte esta investigação do entendimento de que a centralidade da proteção autoral deve recair sobre o interesse público em geral; isto é no respeito dos anseios da sociedade, que busca incansavelmente, através dos atos privados de utilizações, por informação, cultura e conhecimento científico⁷¹⁰.

Entretanto, como é óbvio qualquer mecanismo eficaz de equilíbrio entre os interesses que convivem neste mesmo espaço de liberdade para reprodução, não pode, mesmo vislumbrando tal centralidade social, desobrigar-se da tutela ao criador, que para além da sua ratio constitucional é também econômica. Ao revés, seria o mesmo que não garantir ao autor a possibilidade econômica de fruir dos benefícios que propiciou à esta mesma centralidade social⁷¹¹.

Luis Felipe Salomão. **Recurso Especial 20080135811-0 (REsp 1067706/RS)**. Julgamento de 08.05.2012. Diário da Justiça Eletrônico de 19.06.2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1144990&sReg=200801358110&sData=20120619&formato=HTML>.

⁷¹⁰ Imperioso faz-se observar, na mesma senda de Stuart Hall que no século XIX os recursos econômicos eram dirigidos completamente para a indústria de base, ou seja a que envolve a produção de carvão, ferro e aço. Entranto, uma nova perspectiva econômica sobre o valor dos bens imateriais, em especial dos bens culturais, especialmente no final do século XX, início do atual século XXI, transferiu os investimentos para a indústria das novas tecnologias de informação e comunicação, próprias da cibercultura. De sorte, que para o autor salta a vista a necessidade de estudar aprofundadamente a centralidade da cultura, com o fito de identificar as consequências advindas desta revolução cultural, própria do terceiro milênio, que se apresenta cibernética. Cf. HALL, Stuart. **The centrality of culture: notes on the cultural revolutions of our times**. in Media and Cultural Regulation, org. Kenneth Thompson, Londres: Open University, 1997.

⁷¹¹ Como bem referem os economistas, trata-se de internalizar as externalidades; o mesmo que garantir a possibilidade de fruição do autor sobre o benefício que produziu com a sua atividade intelectual criativa. Defende Ronald Coase que: «The cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right-the inability to cross land, to park a car, to build a house, to enjoy a view to have peace and quiet or to breathe clean air.» Tradução livre: «O custo do exercício dum direito (de usar um fator de produção) é sempre o prejuízo que sofreu noutros lugares em consequência do exercício desse direito, a incapacidade de atravessar a terra, para estacionar um carro, construir uma casa, para desfrutar de uma vista, para ter paz e tranquilidade ou para respirar ar puro». COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. In Journal of Law and Economics, p. 1-44 Vol. 3 (Oct., 1960), p. 44. Denote-se, assim, que o benefício gerado pela criação intelectual para a centralidade social reside na redução dos custos de aquisição dos bens culturais. Para o efeito é necessário que se garanta ao autor, criador do bem cultural, liberdade no momento da escolha do valor que assumirá as transações que envolvam a transferência de direitos sobre a sua produção intelectual. Esta prerrogativa de liberdade para mensuração do valor dos bens produzidos, reduzindo-se os seus custos, tem como perspectiva uma teoria econômica que defende a internalização das externalidades positivas, de modo a produzir o bem estar social. É assim que defendem Luciano Benetti Timm e Renato Caovilla ao lecionarem que: «A “externalidade” é um conceito econômico. Define-se como a geração de um benefício (externalidade positiva) ou a causação de um dano (externalidade negativa) em que o proveito (adveniente do benefício gerado) não é usufruído por quem o gerou e o custo (decorrente de um dano) não é suportado por quem o causou. TIMM, Luciano Benetti e CAOVIALLA, Renato. **As Teorias Rivaís sobre a Propriedade Intelectual no Brasil**. in Economics Analysis of Law Review, v. 1, n.º 1, p. 49-77, Universidade Católica de Brasília – UCB, Jan-Jun, 2010, p. 56.

3.2.1 A noção de reprodução para uso privado

De todo o estudo produzido até o momento, importa referir que o mesmo vale de fundamento para a possível defesa da construção da faculdade de reprodução consubstanciada na garantia do uso privado.

Este fundamento, como visto na seção anterior objetiva no reconhecimento da proteção à criação intelectual não somente por forma a assegurar ao autor o exclusivo de exploração econômica, já que a sua atividade criativa fomenta a multiplicação de benefícios culturais à sociedade.

Mas sobretudo, admitir que este benefício fora produzido com o condão de satisfação desta centralidade social. Ou seja, o mesmo que vincular a proteção da lei ao exclusivo de exploração econômica do autor sobre a sua atividade intelectual, à produção de benefício para esta mesma centralidade social. Portanto, ausente este benefício que se reflete no desenvolvimento informacional, educacional, cultural e científico da sociedade, injustificado estaria o exclusivo atribuído ao autor.

Por sorte que, de modo geral, inclusive como já estudado na segunda parte desta investigação o espaço de liberdade para a reprodução da criação intelectual protegida reside exatamente no fundamento constitucional de tutela aos direitos fundamentais da educação, difusão da cultura, da informação e do conhecimento científico.

Assim que se apresenta importante a ponderação destes interesses já realizada na presente investigação, por forma a delimitar o necessário equilíbrio entre os interesses do autor e do utilizador da obra intelectual, coexistentes neste mesmo espaço livre para reprodução.

Note-se ademais que ao lado deste fundamento, na seção anterior identificou-se a impossibilidade, motivada pela alteração comportamental inspirada na cultura do remix, que não somente defende a liberdade para reprodução, como age concretamente nesta perspectiva de liberdade. E ainda, pela insustentabilidade técnica do controle destes atos de reprodução, dado os inúmeros formatos que o bem protegido pode circular, as diversas tecnologias de reprodução e muito recentemente a possibilidade de convergência de dispositivos vários para a reprodução do conteúdo protegido que circula dispersamente em formatos diversos.

Mais ainda, apresentou-se também o fundamento econômico como determinante para a garantia deste espaço de liberdade para reprodução; pois que como estudado, a atribuição pura

e simples do exclusivo de exploração econômica do autor não resolve o problema dos custos de produção, dado a interferência de terceiros neste processo e ainda da eventualidade do autor pretender exercer o seu exclusivo sobre toda e qualquer situação de utilização da sua obra⁷¹².

Outrossim, lembre-se que a garantia do exercício do controle sobre os atos de reprodução, como também já estudado na segunda parte desta investigação, e que será aprofundado mais à frente, frontalmente pode violar o direito à privacidade do utilizador da obra.

Porquanto, não se apresenta difícil compreender que o controle destes atos de reprodução, em especial no domínio da reprodução digital, mitigam a liberdade do utilizador na reserva da sua privacidade e intimidade. Introduzindo-se, assim, normas que autorizam a utilização de mecanismos de rastreamento e controle dos usos, mesmo que livres, em boa medida corresponde à violação do direito fundamental à liberdade⁷¹³.

Ou seja, corresponde tal controle à violação, também, dum direito fundamental; pois infringe um direito consagrado no texto constitucional com esta dimensão⁷¹⁴. Implica, portanto em

⁷¹² Como já discutido na primeira parte desta investigação não sendo relevante a apropriação do bem intelectual, economicamente não faz sentido atribuir-lhe valor; posto que o interesse subjacente à este negócio, implica necessariamente na potencialidade do negócio de gerar receitas. Contudo, destaque-se que as estruturas tradicionais do direito de autor, especialmente as estruturas econômicas e industriais que se desenvolveram ao redor da ficção jurídica estabelecida pela lei que criou o exclusivo de exploração econômica do autor, hoje, mais do que nunca encontram-se abaladas. O controle da circulação destes bens intelectuais juridicamente protegidos representa uma tarefa hercúlea. A visão idealizada e romântica do autor com espírito engenhoso, iluminado e titular da sua criação, perde espaço; primeiro para os editores que passam a titularizar o exclusivo patrimonial de exploração econômica da obra, em seguida para o utilizador que passa a acompanhar e a concorrer com o autor na sua atividade criativa. Para Murphie e Potts, a tecnologia digital tornou obsoleto o direito de autor e a noção de autoria. Cf. MURPHY, Andrew, POTTS, John, **Culture and Technology**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2003.

⁷¹³ Como é o caso das leis de resposta gradual, já implantadas nalguns Estados da Europa, a exemplo do que ocorrera em França, com a aprovação pela Corte Constitucional Francesa da Lei HADOPPI, que criou um órgão administrativo, com atribuição para controlar as transferências de arquivos que contenham bens tutelados pelo direito de autor. Neste particular esta lei introduzira na sistemática jurídica francesa um corpo estranho, isto é, um processo administrativo, que permite liminarmente, à este órgão de controle das utilizações em linha de conteúdo protegido pelo direito de autor, ausente o contraditório, o corte imediato do acesso à internet. Vd. Conselho Constitucional Francês. Decisão n.º 2009-580, 10.06.2009. Disponível em < http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf>, consulta aos 29.09.2009. O texto completo da lei pode ser encontrado no Jornal Oficial da República Francesa, publicado em 13.06.2009 (LOI n.º 2009-669, de 12.06.2009, de promoção da distribuição e da protecção de criação na Internet). A versão consolidada do Código de Propriedade Intelectual Francês, com a alteração introduzida pela referida lei pode ser consultado em < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432>>, acesso em 15.12.2012.

⁷¹⁴ É o que disciplina o art. 5.º da Carta Magna brasileira em seus incisos «X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)»; «XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)». BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

total afronta à privacidade do utilizador, atingindo assim a reserva da sua intimidade e da sua vida privada e familiar; bem como, atingindo a inviolabilidade do domicílio e da sua correspondência.

Aponte-se, desta sorte que o controle dos atos de reprodução da obra protegida pelo direito de autor infringe a legítima fruição da mesma; pois como já destacado na primeira parte deste estudo, não é possível estender o exclusivo de exploração econômica do autor após os atos de transferência das faculdades deste direito. Como frisado, decorre essa impossibilidade de controle da aplicação da teoria do esgotamento.

Teoria esta fundada, com o propósito de após assegurado ao criador intelectual o direito deste obter a devida remuneração pelo seu esforço criativo, cessar, assim, o poder do autor de controlar as demais circulações do exemplar⁷¹⁵. Registre-se, que o exemplar da obra surge nas mãos do seu adquirente, garantindo-se portanto a este a fruição do bem⁷¹⁶. Assim, na esfera jurídica do utilizador incorpora-se um direito de propriedade sobre um bem móvel, o exemplar, esgotando-se, portanto, o exclusivo autoral.

Certo é, portanto, que o autor perde o controle sobre os atos de circulação posteriores do exemplar. Neste sentido, pouco importa se as ações de circulação da figura do exemplar

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. No mesmo sentido, encontra-se a previsão constitucional do texto português, in verbis: «Artigo 26.º Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação»; «Artigo 34.º Inviolabilidade do domicílio e da correspondência. 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.» PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Como também prescreve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: «Article 2 - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.» Ou seja: «Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.» FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível no original em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Na tradução em português, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

⁷¹⁵ Cf. BEIER, Friedrich-Karl. **The principle of exhaustion in national patent and copyright law of some european countries**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v.32 (1991)

⁷¹⁶ Como já apontado a figura do exemplar pressupõe a transferência de titularidade sobre o mesmo, alterando-se assim, para além do sujeito que titulariza o direito sobre o bem, a própria natureza do bem. Por exemplo, no caso em que o utilizador da obra intelectual, grande fã do estilo rock, ao adquirir, por exemplo o último DVD da sua banda de rock preferida, não incorpora à sua esfera jurídica um exclusivo de exploração econômica; mas sim a propriedade sobre um bem móvel. Vale notar, portanto, que houve alteração subjetiva e objetiva do direito; pois, alterou-se o sujeito que titulariza o direito, bem como a própria natureza deste direito.

ocorreram na esfera privada do utilizador, ou se houve ou não efetivamente um ato de reprodução no âmbito público ou privado.

De mais a mais, pondere-se que a garantia da cópia privada prevista em diversos ordenamentos jurídicos constitui um dos pilares para a construção dum verdadeiro sistema de utilização livre, concretizando assim o corolário constitucional de liberdade de expressão, e acesso à informação⁷¹⁷.

Sem embargo, aponte-se que a tutela autoral deve ser assegurada como uma garantia constitucional ao criador, reconhecendo assim o valor fundante da atividade intelectual, como uma nobre atividade resultado do engenho humano criativo, que produz cultura, informação e conhecimento científico⁷¹⁸. Todavia, pondere-se que essa garantia constitucional deve ser erigida sobre uma centralidade social e não exclusivamente individual⁷¹⁹.

Assim, é tarefa do legislador a construção dum sistema de utilização livre que reconheça as utilizações com finalidade diversa da exploração econômica, que como é óbvio deve ser assegurada ao autor, como incentivo pela sua atividade intelectual criativa. Portanto, é forçoso a delimitação de uso livre, por forma a efetivar as garantias constitucionais que foram descritas em linhas acima.

⁷¹⁷ É assim que disciplina o art. 5.º da Constituição brasileira ao estabelecer que: «IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.» BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. De modo idêntico o texto constitucional português estabelece: «Art. 37 (Liberdade de expressão e informação) 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.; (...) Artigo 73.º (Educação, cultura e ciência) 1. Todos têm direito à educação e à cultura. (...) Artigo 78.º (Fruição e criação cultural) 1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.» PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

⁷¹⁸ Note-se, portanto, que a previsão normativa da garantia do exclusivo, fundamenta-se especialmente pela necessidade de criar-se mais fortemente incentivo aos autores conferindo a estes uma prerrogativa interessante para o fomento da produção intelectual. Sobre o tema vd. RIIS, Thomas e SCHOVSBO, Jens. **Users Rights: Reconstructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds**. European Intellectual Property Review, vol. 29, n.º 1, Janeiro 2007, p. 1-5.

⁷¹⁹ Esta centralidade social pode ser identificada, quando já se aponta, por exemplo, para a defesa do direito de acesso à internet como um direito do homem, conforme informa Enrico Bonadio, quando aponta que a Finlândia fora o primeiro país a introduzir no seu texto constitucional o direito de acesso à internet, seguindo-se da Estónia, que o considerou, inclusive como um direito fundamental. Destacou ainda o autor a decisão da Corte Constitucional Francesa em junho de 2009, e da Suprema Corte da Costa Rica que confirmaram o direito de acesso à internet como um direito fundamental. Ao nível da União Européia o autor destaca a Diretriz 2009/140 que confere significativa importância ao direito de acesso à internet. BONADIO, Enrico, **File Sharing, Copyright and Freedom of Speech**. in European Intellectual Property Review, Sweet & Maxwell, vol. 33, n.º 11, 2001, p. 619-631.

Portanto, é na medida desta perspectiva bifronte que se deve fundamentar a construção dum sistema de utilização livre⁷²⁰; pois que se reconhece a um tempo a tutela autoral erigida sob um sistema livre de disseminação de cultura, informação e conhecimento científico, mas que garante, também, direitos exclusivos patrimoniais aos seus criadores. E, a propósito é esta garantia assegurada aos autores para explorar economicamente a sua atividade intelectual, que fomenta a criação de novas obras, beneficiando assim a coletividade pela diversidade cultural, de informação e de conhecimento científico.

Refira-se que a doutrina vem defendendo a proteção do ato de exploração econômica da obra pelo direito de autor. E, assim, assume a tese de que a exploração econômica da obra reside, em boa medida, num ato de reprodução, que deve ser reservado ao autor. De sorte que cabe ao autor o controle do exclusivo sobre estes atos de reprodução, realizados utilizando-se qualquer mecanismo tecnológico que viabilize a repetibilidade da obra, a sua percepção seja direta ou indireta, desde que mantidos os traços essenciais de identificação da obra⁷²¹.

Entretanto, cabe ponderar, que seguindo estes comandos a delimitação da noção de reprodução para uso privado, necessita estar fundada no equilíbrio dos diversos interesses envolvidos e que se encontram em constante interação e movimento⁷²².

Destaque-se que esta interação de interesses em movimento destina-se à satisfação de cada um destes, sem esquecer a centralidade social fundante da tutela autoral. Pois deve esta centralidade, garantir o exclusivo autoral dum modo seguro para o autor, reconhecendo a liberdade de uso privado para o utilizador e, ainda fomentando a produção de novos bens

⁷²⁰ A defesa duma sociedade composta por indivíduos livres e virtuosos, defendida por Hayek já fora objeto de estudo na presente investigação, desmistificando, assim, se o espaço livre para uso privado visa a satisfação de interesses individuais. HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de Justiça e Economia Política**. (Apresentação e supervisão da tradução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges). São Paulo: Editora Visão, 1985. 3v. Ademais, destacou-se na segunda parte deste estudo que esta mesma sociedade, de modo a escapar do estado hobbesiano de guerra, deve incorporar princípios, valores e instituições que garantam a própria essência da liberdade coresponsável. Ou seja, garantir a liberdade dos indivíduos no convívio social, implica necessariamente em afastar deste convívio o estado de guerra hobbesiano, no qual um pretende dominar o outro. HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político**. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002. (Col. Fundamentos do direito), p. 96.

⁷²¹ Esta noção sobre o direito de reprodução é apresentada como operativa por Cláudia Trabuco. TRABUCO, Cláudio. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 706-727.

⁷²² Alexandra Sims, para resolver o conflito entre o direito de autor com a liberdade de expressão, fundamenta a solução na teoria do uso justo SIMS, Alexandra. **Strange Bedfellows: Fair Dealing and Freedom of Expression in New Zealand**. in *European Intellectual Property Review*, Sweet & Maxwell, vol. 33, n.º 8, 2001, p. 490-498.

intelectuais, necessários para o desenvolvimento cultural, informacional e científico da sociedade.

Note-se, deste modo, que a delimitação da noção de reprodução para uso privado reside nesta interação, que para a sua concretização necessita de delimitações legais, quanto à esfera privada de utilização, quanto ao autor material da reprodução, quanto ao número de cópias e quanto a garantia da normal exploração econômica do exclusivo autoral.

Como é óbvio, trata-se duma árdua tarefa a construção dum sistema de utilização livre que conforme todos os interesses em constante interação e movimento. Por isso, ser conveniente o não afastamento da centralidade social pelo regime de proteção autoral⁷²³.

Oportuno é também registrar que a noção de reprodução para uso privado, deve afastar, como é óbvio o caráter público do uso. Todavia, do que já fora acentuado neste estudo, vale de nota frisar que delimitar a noção do que se entende por uso privado ou público, não implica simplesmente em identificar o local do ato de reprodução. Assim, é que ao delimitar-se este espaço, não físico, de liberdade para reprodução implica necessariamente em identificar os destinatários do uso privado.

Portanto, identificando-se o destinatário do uso do resultado da reprodução, ou seja da cópia, mais fácil apresenta-se a tarefa de desmistificar a finalidade deste uso, se público ou privado. É neste sentido de fuga ao escopo físico que se afigura possível a defesa do uso simultâneo e plural duma mesma obra protegida; inclusive o uso realizado por uma parcela indeterminada e ilimitada de sujeitos do público, que são completamente independentes entre si, qualificar-se como privado⁷²⁴. Especialmente no domínio das redes de compartilhamento, que serão detalhadamente analisadas em espaço próprio, mais a frente, nesta investigação⁷²⁵.

⁷²³ Na decisão do caso *Ashdown v Telegraph Group Ltd*, o Chanceler Andrew Morritt, da Alta Corte Britânica e do País de Gales lembra que deve haver equilíbrio entre os direitos de autor e os do público, que não pode ser violado pela lei. HIGH COURT OF JUSTICE. **Ashdown v Telegraph Group Ltd**. in Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases (2002) 119 (6): 235-256. doi: 10.1093/rpc/2002rpc5.

⁷²⁴ Exsurge da nova realidade tecnológica, uma integração nunca dantes imaginada de dispositivos e equipamentos tecnológicos, que se convergem e interagem num único ambiente. O século XXI experimenta uma revolução tecnológica, diga-se digital, cujo destino natural é a convergência. Covell, na segunda fase da sua obra, atualiza o conceito de convergência digital, afirmando que esta é: «the convergence of computing, digital communications technology, and digital media (technologies and content)» Tradução livre: «a convergência da computação, tecnologias digitais de comunicação, e mídia digital (tecnologias e conteúdos)» COVELL, Andy. **Digital Convergence Phase 2. A Field Guide for Creator-Collaborators**. Illinois: Stipes Publishing, 2004, p. 5.

⁷²⁵ Observe-se, todavia, que este espaço de liberdade para reprodução fundamentado, assim na inevitabilidade de alteração dos atuais desenvolvimentos tecnológicos e comportamentais, deve estear-se na interação com o exclusivo de exploração econômica do autor. Para tanto, mister faz-se a delimitação dos contornos deste espaço,

Por ora apresenta-se mais importante, compreender se a noção de uso privado encontra-se disciplinada amplamente pelo ordenamento jurídico. E ainda, entender no que consiste esta compreensão normativa de “uso”⁷²⁶; bem como, as razões para tal normatização, especialmente, pelo fato da norma não atribuir ao utilizador qualquer faculdade inerente ao exclusivo conferido ao autor ou aos titulares de direito sobre a obra protegida.

Assim, partindo do entendimento de que para a efetivação do uso da obra, geralmente, necessita-se dum ato prévio de reprodução, saliente-se, ato que a norma reserva o seu exercício ao autor ou aos titulares de direito sobre a obra protegida; não pode, assim, a norma deixar de regular essa reprodução que se destina ao uso privado.

Mais ainda, compreendendo que ausente o ato de reprodução, muito dificilmente efetivar-se-ia o exercício das demais faculdades inerentes ao exclusivo autoral; fácil é admitir, portanto, a sua imprescindível anterioridade em face destas outras faculdades.

Observe-se, que esta constatação da anterioridade do exercício da faculdade de reprodução como ato concretizador e fundante para o exercício das restantes faculdades que compõem o exclusivo autoral, não vale em todos os casos⁷²⁷.

objetivando a manutenção do equilíbrio dos interesses envolvidos e em enftretamento. De passagem refira-se que este cuidado, fora inclusive pontuado pelo texto constitucional norteamericano que no seu art. 1.º, secção 8.º, cláusula 8.ª: «The Congress shall have the power (...) to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries». Ou seja: «O Congresso terá o poder (...) para promover o progresso da ciência e das artes úteis, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo sobre as suas respectivas obras e descobertas.» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States of America**. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Interessante acrescer o que Lessig conclui, após a curiosa narrativa da sua conversa com Josh, citada em notas acima: «I had crossed a line. But with that crossing, my respect for Josh grew. I didn't agree with how he had acquired his collection. Yet his rebuke reminded me of a different economy within which culture also lives. There exists not just the commercial economy, which meters access on the simple metric of price, but also a sharing economy, where access to culture is regulated not by price, but by a complex set of social relations. These social relations are not simple. Indeed, these relations are insulted by the simplicity of price. And though I hope not many trade on capital acquired as Josh acquired his, everyone reading this book has a rich life of relations governed in a sharing economy, free of the simplicity of price and markets.» Tradução livre: «Eu havia cruzado a linha. Mas com esse cruzamento, o meu respeito por Josh cresceu. Não concordo com a forma como ele adquiriu a sua coleção. No entanto, sua repreensão fez-me lembrar duma outra economia em que a cultura também vive. Não existe apenas a economia comercial, que mede o acesso na métrica simples de preço, mas também uma economia de partilha, onde o acesso à cultura é regulado não pelo preço, mas por um conjunto complexo de relações sociais. Essas relações sociais não são simples. Na verdade, essas relações são insultadas pela simplicidade do preço. E embora espero que não ocorram muitas trocas comerciais com este capital, como o adquirido por Josh, todos lendo este livro tem uma vida rica de relações regidas numa economia de partilha, sem a simplicidade de preços e mercados.» LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008, p. 145.

⁷²⁶ De acordo com o que já fora esclarecido o direito de autor, não garante ao utilizador um exclusivo de exploração econômica sobre o exemplar adquirido, muito menos sobre a cópia realizada.

⁷²⁷ Como por exemplo, na hipótese dos direitos conexos, em que para a interpretação ou execução, não fora necessária a prévia reprodução da obra.

Constate-se, neste sentido, que para a garantia do espaço de liberdade para a reprodução, a previsão normativa sobre o uso privado não se configura como condição não afastável para o exercício dessa liberdade. Afinal, a previsão do conteúdo normativo do uso privado, nada mais seria do que réplica, do que já está garantido em norma pela delimitação da noção e do âmbito dos limites da faculdade de reprodução, que logicamente destina-se ao exercício do uso privado.

Lembre-se, que a vontade do legislador, em particular o comunitário, na previsão da Diretiva 2001/29/CE⁷²⁸, no n.º 4, do seu art. 5.^{o729}, determina a faculdade para os Estados-membros, estenderam a prerrogativa do uso privado, para a faculdade de distribuição. Ou seja, determinando-se assim também um limite ao exercício desta faculdade patrimonial, consubstanciado na mesma fundamentação para o implemento dum espaço de liberdade para uso privado.

Por isso, autorizado pela disposição comunitária acima requerida o legislador português elencou no n.º 2, do art. 75, uma série de outros casos de utilização, que independem de autorização do autor. Neste, sentido admitiu não somente a criação dum espaço de liberdade para uso privado, para a faculdade de reprodução, mas também de comunicação, distribuição, de colocação da obra à disposição do público. Entretanto, o fez em casos especiais, considerando a qualidade da utilização, como, por exemplo, educação, investigação, informação e preservação⁷³⁰.

Vale dizer, portanto, que o comando da melhor interpretação normativa, neste caso, deve ser entendido como a vontade do legislador português em manter o uso privado livre, no que concerne às demais faculdades do direito de autor.

⁷²⁸ Esta Diretiva 2001/29/CE, fora promulgada pelo Parlamento Europeu e Conselho, em 22 de Maio de 2001, sendo relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁷²⁹ Transcreve-se *ipsis litteris* a previsão normativa em comento: «(...) 4. Quando os Estados-Membros possam prever uma excepção ou limitação ao direito de reprodução por força dos n.ºs 2 ou 3 do presente artigo, poderão igualmente prever uma excepção ou limitação ao direito de distribuição referido no artigo 4.º na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução autorizado.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁷³⁰ Todavia, esta opção do legislador português, não proíbe o exercício doutras faculdades que compõem o conteúdo do exclusivo autoral, desde que o sentido do uso, permaneça como privado. Como por exemplo ato de tradução do utilizador da obra para melhor compreender a obra que se apresenta em língua diversa da sua. Ou, o ato de empréstimo da obra protegida pelo utilizador ao seu amigo íntimo.

Assim, se por um lado a opção do legislador fora a de apenas construir o sistema normativo previsto expressamente para o espaço de liberdade de reprodução fundado no uso privado, entende-se que neste caso instituiu-se um limite ou uma exceção ao direito de autor⁷³¹. Tema que ainda será enfrentado nesta investigação, com maior cuidado, em seção adequada.

Cumpre-se, assim, por ora definir o que se entende pelo ato de reprodução para uso privado, analisado quanto à finalidade gratuita, origem lícita da fonte reproduzida, autor material da reprodução, número de cópias reproduzidas; bem como quanto à afetação da exploração normal da obra e o prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular na reprodução para uso privado.

⁷³¹ Por outro lado, Oliveira Ascensão entende que quanto às demais faculdades assume-se que o uso privado encontra-se franqueado livremente, pois ausente a previsão normativa, apresentando-se assim fora do direito de autor; ou seja, escapa à tutela autoral, os demais atos de uso privado fulcrados nas demais faculdades patrimoniais do direito de autor. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A transposição da Diretriz n.º 01/29 sobre Aspectos do Direito de Autor e Direitos Conexos da Sociedade da Informação**, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 43, n.º 2, 2002, p. 927.

3.2.2 A finalidade gratuita da reprodução para uso privado

Nesta subsecção pretende-se estudar se a ausência de lucro no ato de reprodução para uso privado, implica em levar a cópia privada para o campo da ilicitude. Analisando-se de modo geral, tanto a legislação internacional como a nacional⁷³² em matéria de proteção dos direitos de autor, constata-se que a ausência do exercício de atividade comercial para efeitos do reconhecimento da licitude do ato de reprodução para uso privado, configura-se como elemento fundante do regime da cópia privada.

Mas para que se constate a efetiva ilicitude da cópia realizada, em decorrência da sua finalidade comercial, é preciso compreender o âmbito da mesma. Note-se, que para melhor delimitar a noção desta finalidade comercial, cumpre-se a análise fiel da legislação sobre a matéria.

No âmbito internacional, aponte-se que Convenção de Berna compreende a licitude do ato de reprodução, desde que conformada a regra dos três passos, na utilização privada. Todavia, não

⁷³² A legislação autoral brasileira no inciso II, do art. 46, utiliza a expressão «sem intuito de lucro». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. A legislação autoral portuguesa, na alínea a), do n.º 2, do art. 75.º, faz uso da expressão «sem fins comerciais directos ou indirectos». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>. Já a legislação autoral italiana, de modo mais preciso disciplina «senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali», tradução livre: «sem fins lucrativos e sem fins comerciais diretos ou indiretos». ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=301483>. Verifique-se, também a legislação autoral espanhola, ao determinar que, «no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa», tradução livre «não seja objeto de uma utilização coletiva nem lucrativa». ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N.º 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>. Já a legislação autoral francesa no n.º 1º, do seu art. L122.5, no que concerne ao ato de representação faz uso da expressão «représentations privées et gratuites», ou seja, «representações privadas e gratuitas»; mas no n.º 2.º, deste mesmo dispositivo, não apresenta nenhuma referência expressa à finalidade comercial ou lucrativa do ato de reprodução. Destaque-se, ainda, o n.º 2.º, do art. L 211.3, da lei autoral francesa, que disciplina sobre o regime dos atos de reprodução, no âmbito dos direitos conexos; pois, não apresenta este qualquer previsão explícita sobre a ausência de atividade lucrativa para a realização do ato de reprodução para uso privado; limitando-se no n.º 1, do mesmo dispositivo legal, a exigir gratuidade para os atos de representação privada. FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n.º 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

refere diretamente sobre a exigência de ausência de atividade lucrativa na finalidade do ato de reprodução para uso privado, conforme a previsão do n.º 2, do seu art. 9.^{o733}.

Do mesmo modo disciplina o art. 10 do Tratado OMPI de Direito de Autor⁷³⁴, e o art. 13 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio⁷³⁵, que disciplinam o ato de reprodução para uso privado, nos moldes da regra dos três passos, destacada pela Convenção de Berna. Entretanto, não se refere explicitamente a necessidade do destaque da finalidade não comercial do ato de reprodução para uso privado.

No espaço europeu a Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, é clara ao destacar a finalidade não comercial do ato de reprodução para uso privado. Conforme disciplina na sua alínea b), do n.º 2, do seu art. 5.º, o texto comunitário determina que o ato de reprodução tem como objetivo o «(...) uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos (...)»⁷³⁶.

A legislação autoral portuguesa na alínea a, do n.º 2, do art. 75.º, faz uso da expressão “sem fins comerciais directos ou indirectos”; mas, todavia a alínea e, do mesmo dispositivo legal, referencia “vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta”. Pondere-se, entretanto, que o conteúdo da tutela da alínea a), corresponde à reprodução para uso privado, enquanto que a alínea e), cuida da tutela do ato de reprodução para fins de catalogação e/ou acesso ao público, dos exemplares depositados em biblioteca, arquivo ou museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino.

Refira-se, que a legislação autoral italiana, apresenta-se mais restritiva em matéria de identificar-se o *animus* do indivíduo. Assim, a ilicitude do ato de reprodução, mesmo que realizado nos contornos da utilização privada, verifica-se, quando para além de constatado o

⁷³³ BERNE CONVENTION. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>.

⁷³⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT**. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

⁷³⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio**. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>.

⁷³⁶ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, eletrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio eletrónico**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

escopo lucrativo do ato de reprodução, presente, este ato, um fim comercial, quer direta ou indiretamente. Assim, mesmo que os atos de utilização privada não tenham em si mesmo uma finalidade lucrativa destacada, exige-se cumulativamente para a declaração de licitude do ato de reprodução que este não tenha fins comerciais, quer diretos ou indiretos⁷³⁷.

Observe-se, o cuidado da lei autoral italiana, em compreender que a finalidade lucrativa, não é equivalente à finalidade comercial; por isso, possível é haver um ato de reprodução com fim comercial, mas que necessariamente, não se destine à uma finalidade lucrativa. Ou, ainda, possível é identificar-se um ato de reprodução com fim comercial, no qual não se alcança a finalidade lucrativa desejada.

Já a legislação francesa parece não se preocupar de pronto com a finalidade econômica do ato de reprodução para uso privado; preocupando-se, mais frontalmente com o modo subjetivo de utilização do resultado do ato de reprodução; ou seja se o mesmo é individual ou coletivo. Apresentando-se assim o uso coletivo fora do âmbito de delimitação da noção de reprodução para uso privado⁷³⁸.

Apenas no que concerne aos atos de representação, cuidou o legislador autoral francês de expressamente determinar a necessidade da gratuidade para a concretização de tais atos de representação. Como se encontra disciplinado no n.º 1.º, do art. L 122-5, que cuida do regime

⁷³⁷ É o que refere a expressa disposição do n.º 1, do art. 71.º - sexies da legislação autoral italiana, ao referir: «a senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali», tradução livre: «ausente o escopo de lucro e sem fim direta ou indiretamente comercial». Desta sorte, o texto autoral italiano, apenas reconhece a licitude do ato de reprodução para uso privado, quando neste encontra-se ausente o escopo de lucro e cumulativamente, não se destine este ato à uma finalidade comercial, quer direta ou indireta. Cf. ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=301483>.

⁷³⁸ Esta redação do texto autoral francês, encontra-se, tanto no regime dos atos de reprodução para uso privado em sede de direito de autor, como de direitos conexos. No que concerne ao direito de autor, o dispositivo a ser estudado é o n.º 2.º, do art. L122-5, que determina: «2º Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique ;». Trad. livre: «2.º As cópias ou reproduções realizadas a partir duma fonte lícita e estritamente reservada à utilização privada do copista e que não se destine à uma utilização coletiva, com exceção das cópias de obras de artes destinadas à outras utilizações com finalidades idênticas para as quais a obra original foi criada e as cópias de software com exceção das cópias de salvaguarda nas condições especificadas no inciso II, do artigo L. 122-6-1 assim como as cópias ou reproduções duma base de dados eletrônica». Quanto aos direitos conexos, observe-se a redação do n.º 2.º, do art. L211-3, do diploma autoral francês: «2º Les reproductions réalisées à partir d'une source licite, strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ;». Tradução livre «2.º As reproduções realizadas através duma fonte lícita, estritamente reservada ao uso privado do copista e que não se destinem à uma utilização coletiva» FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

dos atos de representação, em sede de direitos de autor e, ainda no n.º 1.º, do art. L-211-3, o seu congêneres em sede de tutela dos direitos conexos.

Curiosa é a posição do legislador autoral espanhol, pois que para além de preocupar-se com o modo de utilização do resultado do ato de reprodução, se singular ou coletivo; faz distinção se a utilização dá-se de modo lucrativo⁷³⁹. Assim, se o resultado do ato de reprodução importar numa cópia para uso coletivo e com finalidade lucrativa; ou para uso singular, mas com fim lucrativo, estar-se-á perante um ato de reprodução que se caracteriza como ilícito. Mas, se configurando ausente a finalidade lucrativa, destinando-se o ato de reprodução para uso privado à uma utilização singular, compreender-se-á este ato de reprodução dentro do campo da licitude.

Apresente-se, ainda, a legislação autoral alemã, para a qual haverá ilicitude no ato de reprodução se este for realizado por terceiro que receber pagamento, para tanto⁷⁴⁰. Registre-se que a legislação alemã não refere expressamente a obrigatoriedade do ato de reprodução não se destinar a fins económicos, tendo sido implicitamente compreendida na noção de uso privado, a necessidade do ato de reprodução dá-se de forma gratuita. Assim, havendo finalidade económica, ausente estará o destino privado da utilização⁷⁴¹.

A despeito desta distinção de conteúdo da tutela do ato de reprodução sem autorização do autor ou do titular de direitos de autor sobre a obra, esta observação é importante, na medida em que se destina a identificar os limites que o legislador impôs ao ato de reprodução por

⁷³⁹ Desta forma disciplina o n.º 2, do art. 31, da legislação autoral espanhola, in verbis: «(...) de una utilización colectiva ni lucrativa (...)»; tradução livre: «(...) de uma utilização coletiva nem lucrativa (...)». ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N.º 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>.

⁷⁴⁰ Redação do §53 da legislação autoral alemã, in verbis: «(...) if no payment is received (...)»; tradução livre, «se nenhum pagamento for recebido (...)». ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>.

⁷⁴¹ Como por exemplo, o caso da reprodução de músicas numa comemoração matrimonial íntima, realizada no espaço de receção. Esta reprodução, segundo a legislação autoral alemã, não produz obrigação alguma de pagamento de direitos de autor. Dado que a finalidade comercial apenas encontra-se configurada na relação jurídica de locação do espaço para receção; não envolvendo portanto, nenhum ato jurídico que se destine ao uso de material protegido pelo direito de autor. Assim, a reprodução das músicas nesta comemoração matrimonial íntima, resulta numa utilização que ocorre no domínio da esfera privada; portanto, não ensejando violação do direito de autor. Cf. entemem, WÜRTENBERGER, Gert e GRAU-KUNTZ, Karin. **Notas sobre os sistemas de direito de autor brasileiro e alemão, tendo em consideração a perspectiva de reforma das legislações vigentes e a procura de equilíbrio de interesses**. in Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres. Org. e Coord. Marcos Wachowicz, p. 233- 262, 2.ª tiragem, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

terceiros, ausente a referida autorização. Ou seja, compreender os motivos que levam o legislador a utilizar expressões diversas; melhor, saber se há alguma distinção do significado das expressões «fins comerciais» e «vantagens comerciais».

Esta distinção é importante pois irá demonstrar o âmbito do limite imposto pelo legislador nos dois atos de reprodução de natureza diversa; e, assim saber se o legislador em matéria da cópia privada pretendeu ser mais abrangente, ou ao contrário, mais restritivo⁷⁴².

Desde já, esclareça-se, que aparentemente a noção de «vantagem» denota-se mais abrangente do que a expressão «finalidade». Posto que sempre que presente a «finalidade comercial», existirá a intenção do utilizador de obter «vantagem económica ou comercial»; mas, o contrário, nem sempre é verdadeiro, assim o sujeito pode objetivar o alcance duma vantagem económica ou comercial qualquer e, não necessariamente perseguir uma finalidade comercial. Posto que, se a intenção do sujeito for apenas a de obter lucro não é imprescindível que este objetive um fim comercial, baste que este persiga uma vantagem de natureza económica. Assim, verifica-se que o elemento distintivo neste caso corresponde ao *animus* de lucro do utilizador.

Mister salientar, que o escopo da finalidade ou vantagem económica ou comercial, não se encontra identificado não só na legislação autoral portuguesa; na verdade, trata-se dum problema que antecede a própria transposição da Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, já que esta também não define o que se deve entender por «fins comerciais directos ou indirectos».

Desta indefinição, resulta para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a tarefa de delimitar a noção do que se entende por «fins comerciais directos ou indirectos»; muito provavelmente após distintas interpretações dos tribunais dos Estados-membros sobre o significado da expressão fim comercial.

Sem embargo, é possível sustentar que a definição do que se entende por fim comercial, estará umbilicalmente ligada à noção de utilizador final, obviamente guardadas as suas proporções. Assim, presente a figura do utilizador final, estar-se-á perante à ausência de finalidade

⁷⁴² É o que defende COOK, Trevos & BRAZEL, Lorna. **The Copyright Directive: UK Implementation**. Bristol: Jordans, 2004, p. 22.

comercial no ato de reprodução; ao revés, ou seja, ausente o utilizador final, facilmente identificar-se-á a finalidade comercial no ato de reprodução.

Lembre-se ainda, que a delimitação da noção de fim comercial não basta para o deslinde do problema; necessário será compreender o que se entende por fim comercial indireto; já que o fim comercial perseguido diretamente é de fácil compreensão. Contudo, ressalte-se que o legislador comunitário aponta para o campo da ilicitude não somente a persecução da finalidade comercial de modo direto, como também quando este se configura como indireto.

Porquanto, mais um problema de delimitação apresenta-se ao intérprete, já que a legislação não define o que se entende por fim econômico, nem tão-pouco distingue ser este fim direto ou indireto. Neste sentido, a riqueza do caso em concreto será de sobremaneira importante para o deslinde das situações fronteiriças que se apresentem ao judiciário.

Numa tentativa de corroborar com a tarefa do intérprete no caso concreto, é razoável defender-se que o fim comercial indireto, é aquele que se apresenta dissimulado, alcançado não por força direta do ato de reprodução; mas, sim pelos atos que circundam a ação de reprodução; alguns, inclusive, fomentadores desta ação⁷⁴³.

Frise-se, ainda, que a expressão referenciada para delimitar o âmbito de ação do utilizador da cópia pela legislação autoral brasileira fora a de ausência de lucro; mais acertadamente, in verbis, «sem intuito de lucro»⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Como se pode verificar na decisão do caso *Association of American Medical College v. Mikaelian*, tendo sido entendido que o uso comercial é aquele que gera lucro podendo ou não ter finalidade educacional, noticiar fatos, ou ter qualquer dos propósitos previstos no § 107 do Copyright Act. O caso resume-se com o ato de reprodução de Mikaelian. Restou demonstrado que a ré copiou diversas questões do caderno de provas de admissão do exame nacional de medicina, com o fim de usá-las em material didático, destinado aos estudos dos seus alunos; integrando tais questões as apostilas do cursinho. Insatisfeita com o ato de reprodução a Associação entrou com uma ação contra Mikaelian, tendo a Corte decidido que, apesar de tratar-se duma atividade educacional, constatou-se um uso comercial com o intuito de lucro já que o preço do cursinho era de \$ 485,00. Cf. **Association of Am. Med. College v. Mikaelian**, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1.983). Outra decisão semelhante fora a prolatada em 1996, no caso *Princeton University Press v. Michigan Document Services*; no qual a Corte entendeu que providenciar fotocópias de livros a alunos não se consubstancia um ato com características de *fair use*. Vd. **Princeton University Press v. Michigan Document Services**, 99 F. 3d 1381 (6th Cir. 1996).

⁷⁴⁴ Vd. o Acórdão de 2013, do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 1.201.340, no caso *Anderson Cardoso Rubin v. Instituto Evariste Galois*. No qual, o conflito apresenta-se em face da disponibilização de apostila no *web site* do réu, sem a devida autorização do autor. A violação ao direito de autor fora verificada pela Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Juízo Monocrático. Rel. Min. Maria Isabel Gallott. **Recurso Especial n.º 2010/0130292-8 (REsp n.º 1201339 – DF)**. Julgamento 12.04.2013. Diário da Justiça Eletrônico, 22.04.2013. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=28145243&formato=PDF>>

Desta breve exposição percebe-se claramente que o legislador de modo geral pretendeu reservar na esfera da gratuidade o ato de reprodução para uso privado; por isso, não tolera que sobre este ato seja possível retirar vantagens econômicas quer de forma direta ou indireta⁷⁴⁵. Assim é que se destinando o ato de reprodução para fins econômicos ou comerciais, mesmo que fulcrado no uso privado, estará este ato no campo da ilicitude⁷⁴⁶.

Todavia, em virtude da lei autoral brasileira não ser muito clara quanto ao que se entende por finalidade econômica ou comercial, algumas decisões vêm entendendo que a evidência de obtenção de lucro no ato de reprodução para uso privado expõe o ato de reprodução à esfera da ilicitude⁷⁴⁷.

Observe-se que esta análise sobre a evidência de obtenção de lucro, constata-se especificamente no *animus* do beneficiário da cópia e, não sobre o *animus* do autor material da cópia. Neste sentido, este pode exercer uma atividade com finalidade econômica ou

⁷⁴⁵ É de frisar o julgamento de 04.11.2008 da 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n.º 2007.036067-7. O relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato, negou provimento ao pedido de indenização formulado pela multinacional Microsoft Corporation a ser paga pela Malharia Brandili, devido a suposta prática de ato de reprodução de programa de computadores sem a prévia autorização do autor. O relator, após análise do laudo pericial realizado nos microcomputadores da Brandili, entendeu que não restou comprovado do uso ilegal dos programas de computador; tendo sido, no entanto constatado que a empresa realizou cópias do programa de computador original, regularmente adquirido para uso interno. Assim, conforme o entendimento do relator do processo o ato de reprodução não se compreende como uma violação ao direito de autor, conforme a previsão da Lei n.º. 9.609 /98, que dispõe sobre a proteção dos programas de computadores. E, assim concluiu o relator: «Dessa forma, não existem quaisquer indícios de que a ré comercialize programas de computadores copiados, o que seria a prática de contrafação, mormente por tratar-se de empresa do ramo da malharia». Vd. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Terceira Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato. **Apelação Cível n.º 2007.036067-7 (Indaial)**. Julgamento em 04.11.2008, Juiz Prolator: Roberto Lepper. Disponível em <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2007.036067-7&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAIAwWAAG&categoria=acordao>.

⁷⁴⁶ Aliás esta é a nota que a Convenção de Berna aponta, de modo a facultar aos Estados a adoção de limitações que possam ter impacto negativo no exercício do exclusivo autoral de exploração econômica; mas, com a contrapartida de que as limitações fixadas na lei apresentem-se como justificadas na esfera social e não tenham como objetivo o lucro, no exercício destes limites estabelecidos. Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Guia del Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971)**. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 1978, p. 63 e ss.

⁷⁴⁷ A exemplo do que decidiu a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a «(...) viabilidade da cobrança dos direitos autorais também nas hipóteses em que a execução pública da obra protegida não tenha sido realizada com o intuito de lucro.» Vd. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. **Recurso Especial 2011/0268172-4 (REsp 1.306.907-SP)**. Julgamento 06.06.2013. Diário da Justiça Eletrônica 18.06.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1241182&sReg=201102681724&sData=20130618&formato=HTML>. No mesmo sentido, em ocasião diversa, entendeu o Superior Tribunal de Justiça «(...) pela exigibilidade da cobrança, independentemente da auferição de lucro direto ou indireto obtido pelo promotor do evento». Vd. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). **Agravo de Instrumento 2008/0261822-9 (Ag 1.127.096 – MG)**. Julgamento 03.08.2010. Diário da Justiça Eletrônico 18.08.2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=c%F3pia+privada%24&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>.

comercial e, concretamente o seu *animus* encontrar-se dirigido para a obtenção de lucro, o que não importará em relegar o ato de reprodução para uso privado ao campo da ilegalidade⁷⁴⁸.

Em particular, a legislação autoral brasileira proíbe a reprodução integral da obra protegida, mesmo que para uso privado e ausente a finalidade econômica ou comercial. Portanto, sem a autorização do autor qualquer ato de reprodução de obra protegida pelo direito de autor, se integral, entrará o referido ato na esfera da ilicitude, qualquer que seja o destino da sua utilização, até mesmo, por exemplo, para fins educacionais⁷⁴⁹.

Nesta caso, o contrafator⁷⁵⁰, ou seja, aquele que copia sem autorização, está sujeito, no ordenamento jurídico brasileiro, a sanções na esfera civil e penal. Ressalte-se, que no âmbito penal o infrator está sujeito à pena privativa de liberdade e multa; já na esfera civil à reparação por meio de indenização pecuniária⁷⁵¹.

O Código Penal brasileiro comina sanção para aquele que violar direitos autorais nos termos do seu art. 184⁷⁵². O referido dispositivo integra a estrutura básica do tipo penal no seu caput,

⁷⁴⁸ É neste sentido que Guilherme Carboni aponta, explicando que a cópia para uso privado, desde que ausente a intenção de lucro direto ou indireto, escapa à tutela autoral, devendo, portanto ser liberada. CARBONI, Guilherme C. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 226. Curiosa é a observação de Bruno Jorge Hammes para quem determinadas espécies de obra, por sua unicidade, não devem restar ao sabor da regra determinada pelas exceções ao direito de autores, como é o caso por exemplo duma obra de arte. as obras de artes plásticas. HAMES, Bruno Jorge. **O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II**. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo, v. 23, n.º 58, p. 63-72, maio/ago, 1990, p. 71.

⁷⁴⁹ Refira-se que nem sempre fora assim. A redação anterior da legislação autoral brasileira, Lei n.º 5.988/73, permitia a cópia integral para uso privado da obra protegida pelo direito de autor. Já o diploma atual, em total contramão do desenvolvimento dos mecanismos tecnológicos de reprodução, apresenta uma solução para a permissão do uso privado muito mais restritiva, vedando, portanto a prática da cópia integral, mesmo que para uso privado. Neste sentido, se um indivíduo reprografa integralmente um livro com edição esgotada ou copia todas as músicas dum CD adquirido legalmente, viola, em tese o direito de autor. Vd. sobre o assunto ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002; e, ainda, BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

⁷⁵⁰ Conforme, expresso no art. 5º da lei autoral brasileiro, considera-se: «(...)VII - contrafação - a reprodução não autorizada; (...)»BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁷⁵¹ WACHOWICZ, Marcos. **A revisão da lei brasileira de direitos autorais**. in Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais. Org. Marcos Wachowicz, Manuel Joaquim Pereira dos Santos, p. 73-101, Florianópolis: Editora Boiteux, 2010.

⁷⁵² Códio Penal brasileiro *in verbis*: «Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1.º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. § 3.º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra

restando as formas qualificadas nos seus §§ 1º, 2º e 3º, e ainda as causas de exclusão da tipicidade no seu § 4º.

Observe-se que o *caput* do art. 184 do diploma legal em comento, que comina uma pena de detenção que vai de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, trata-se duma norma penal em branco⁷⁵³, necessitando, portanto de regulamentação especial que a complementa. É assim que a Lei n.º 9.6010/98, o faz determinando o que se entende por violação ao direito de autor.

Note-se que a conduta prevista no *caput* do art. 184, consiste em «violar direitos de autor e os que lhe são conexos», portanto, qualquer ato que infringir direitos autorais pode ser enquadrado no tipo penal, tais como a contrafação, o plágio, etc⁷⁵⁴.

Como já referido, em linhas acima, a cópia privada integral, no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de violação ao direito de autor, pois tal ato não consta nas limitações do inciso II, do art. 46, da lei autoral brasileira⁷⁵⁵. Assim, ausente a autorização⁷⁵⁶ do autor para que se reproduza a obra protegida, mesmo que para uso privado, e ausente a finalidade

ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4.º O disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.» BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁷⁵³ Entende-se por norma penal em branco aquela norma que limitam o seu conteúdo tão somente à previsão da sanção penal. Denominada de *lex imperfecta*, uma vez que tipificam um preceito de modo impreciso, remetendo a sua necessária precisão e complementação à outra disposição legal. Imperioso frisar que a norma penal em branco disposta no art. 184 do Código Penal brasileiro, classifica-se como uma norma penal em branco em sentido amplo; isto, porque, a sanção prevista vincula-se a um tipo penal que necessita ser complementado pela mesma lei ou por outra lei, desde que oriundas de idêntica instância legislativa. Pode-se ainda especificar esta categoria de norma penal em branco, apresentada no dispositivo penal ora em apreço, como uma norma heterovitelina, dado que o seu complemento está contido noutra lei, de idêntica instância legislativa, sendo necessário efetuar-se, portanto, uma remissão externa. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1, 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁷⁵⁴ Sobre o tema vd. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008; e, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁵⁵ É o que *in verbis* se lê no dispositivo legal em apreço: «Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; (...)». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

⁷⁵⁶ Leia-se o que dispõe a lei autoral brasileiro: «Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; (...)». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

econômica ou comercial, a violação existe posto que o limite previsto na lei autoral, contempla apenas a cópia para uso privado realizada em «pequenos trechos».

Jás as condutas previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, tratam-se das formas qualificadoras do tipo penal, previsto no *caput*. Afirme-se que em todas estas qualificadoras, o intuito de lucro apresenta-se como elemento necessário para a previsão da ilicitude. De sorte que, se descaracteriza, *a priori*, a cópia privada, já que esta é feita para uso privado, ausente a intenção de lucro.

De mais a mais, oportuno é ponderar que o § 4º, do referido dispositivo penal, regulamenta as causas de exclusão da tipicidade. Mas, numa análise mais acurada sobre a técnica e a lógica legislativa utilizada pelo diploma penal brasileiro, constata-se que esta previsão do § 4º, é prescindível. Assim, tem-se que a primeira parte do dispositivo em comento, determina a não aplicação das disposições contidas nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 184 do diploma penal brasileiro, quando a reprodução da obra protegida pelo direito de autor, apresentar-se nas hipóteses de exceção ou limitação previstas na lei autoral brasileira.

Sem embargo, o que fora disciplinado, neste caso, pelo legislador, cuida-se apenas dum reforço daquilo que já se pode depreender da própria redação do art. 46 da lei autoral brasileira; posto que este dispositivo legal é responsável por enumerar as limitações ao direito de autor. Assim, tais atos de reprodução, por estarem compreendidos como limites ao exercício do exclusivo autoral, não se concebem como violadores dos direitos de autor. Daí, ser discipienda a previsão contida no § 4º, do art. 184, do diploma penal brasileiro⁷⁵⁷.

Quanto à segunda parte § 4º, do art. 184, do diploma penal brasileiro, verifique-se que também não se aplicará as previsões dos §§ 1º, 2º e 3º, do dispositivo penal em apreço, quando a cópia da obra protegida pelo direito de autor, for realizada sem a intenção de lucro, seja ele direto ou indireto, num só exemplar, desde que para uso privado do próprio copista.

Essa redação é ainda mais confusa, pois afasta a tipicidade dos parágrafos do art. 184, quando for realizada a «cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto». Posto que, se qualificando o requisito do

⁷⁵⁷ Cf. FURLAN, Fabiano Ferreira; CARNEIRO, Herbert José Almeida; e, MENDONÇA, José Osvaldo Corrêa Furtado de. **Aspectos penais, processuais penais do crime de violação de Direito Autoral e a rede peer-to-peer**. in XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>>, acesso em 25.01.2012. Vd. também sobre a matéria NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

animus de lucro uma elementar dos §§ 1º, 2º e 3º, a sua ausência, por si, já afasta a aplicação dos tipos penais.

Ou seja, no § 4º, não há a necessidade do trecho «sem intuito de lucro direto ou indireto», pois, não havendo o *animus* de lucro, não há o ilícito penal, quanto mais nas suas figuras qualificadores dos §§ 1º, 2º e 3º, dado que ausente uma das elementares do tipo. Nesta redação o legislador penal fora bastante infeliz e por demais redundante⁷⁵⁸.

De fato, não se pode mais, hoje, compreender no âmbito da legislação penal brasileira, uma discussão sustentada no ato de reprodução para uso privado, quando ausente a intenção de lucro. Como estabelecido em linhas acima a previsão do tipo penal contida no art. 184, ora em apreço, trata-se duma norma penal em branco heterovitelina; ou seja, necessitando o tipo penal para aplicação ao caso concreto, duma remissão externa à outro diploma legal; no caso em tela, a lei autoral brasileira.

Assim sendo, é a lei autoral brasileira o diploma responsável por identificar as condutas ilícitas. Portanto, sozinho, o dispositivo legal penal, ou seja, o art. 184, de pouco ou mesmo nada poderá contribuir para o problema de se delimitar o âmbito da legalidade da noção de reprodução para uso privado, consubstanciada no exercício dos limites do direito de autor; mais especificamente, levando em consideração o que se discute na presente subseção, sustentado-se o ato de reprodução para uso privado numa finalidade não lucrativa.

⁷⁵⁸ Cf. FURLAN, Fabiano Ferreira; CARNEIRO, Herbert José Almeida; e, MENDONÇA, José Osvaldo Corrêa Furtado de. **Aspectos penais, processuais penais do crime de violação de Direito Autoral e a rede peer-to-peer**. in XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>>, acesso em 25.01.2012. Vd. também sobre a matéria NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009; e, GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. Nuci com extremo rigor de interpretação lógica, esclarece que: «(..) o disposto neste parágrafo pode ser considerado inútil, porque supérfluo. Note-se que na primeira parte, menciona-se não ser aplicável o disposto nos tipos penais previstos nos §§ 1º, 2º e 3º, reiterando autêntica excludente de tipicidade, às situações de exceção ou limitação de Direito Autoral previstas expressamente na Lei 9.610/98. Ocorre que, ainda que fosse mencionado, continuaria a vigorar o disposto nesta última lei, em especial no art. 46, que trás um rol de situações excepcionais e limitativas do direito de autor. Assim, nada mudou, uma vez que se sabe que excludentes de tipicidade ou de licitude podem estar dispostas em leis extrapenais. Era e continua sendo justamente o caso da Lei 9.610/98. Logo, não tem utilidade prática este dispositivo. Aliás, o parágrafo em comento menciona somente as hipóteses dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 184. E quanto ao disposto no caput? Não se aplicaria, também a ele, eventual exceção ou limitação encontrada na referida Lei 9.610/98? Cremos que sim, ainda que o § 4º não lhe faça qualquer referencia. Quanto à segunda parte do artigo, observa-se que o legislador pretendeu autorizar a cópia de obra intelectual ou fonográfica, quando feita em um só exemplar, para uso privado do copista, desde que não haja intuito de lucro. Ora, todos os tipos incriminadores previstos nos §§ 1º, 2º e 3º, para se tornarem aplicáveis a fatos concretos, exigem presença do intuito de lucro direto ou indireto. Logo, não havendo elemento subjetivo específico, o fato é atípico. Por isso, o disposto no § 4º deste artigo é desnecessário.» NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p.844.

3.2.3 A origem lícita da fonte reproduzida para uso privado

Esclarecido, portanto, que a delimitação da noção de reprodução para uso privado deve compreender, necessariamente uma finalidade gratuita para o ato de reprodução; cumpre-se agora investigar esta mesma noção de reprodução para uso privado em face da origem lícita da fonte reproduzida.

Assim nesta subseção o problema a ser enfrentado, reside na discussão em saber se o ato de reprodução para uso privado deve, obrigatoriamente, sustentar-se numa fonte que fora legalmente divulgada⁷⁵⁹.

Desde já importa destacar que não são todos os ordenamentos jurídicos que disciplinam sobre a obrigatoriedade da origem lícita da fonte reproduzida. Como é o caso por exemplo do diploma autoral português, que é omissivo quanto a qualificação da fonte sobre a qual a cópia privada é realizada.

Mas já existem vozes que defendem tratar-se a obrigatoriedade da licitude da fonte reproduzida como um requisito de condição implícita, para a delimitação da noção de reprodução para uso privado.

Registre-se, que a legislação autoral francesa, no n.º 2.º, do art. L122-5, bem como no n.º 2.º, do L 211-3 apresenta-se clara quanto à exigência da licitude da fonte a reproduzir, como um requisito condicionante à admissibilidade do ato reprodução para uso privado. Na verdade, a despeito de entendimentos ainda contrários⁷⁶⁰, este regime em França já foi solucionado, firmando-se a exigibilidade lícita da fonte reproduzida⁷⁶¹.

No que toca à legislação autoral alemã, esta do mesmo modo que a portuguesa é omissa quanto a obrigatoriedade de se verificar a licitude da fonte reproduzida para a admissão do ato

⁷⁵⁹ José Alberto Vieira, dedica no seu estudo uma seção em apartado para cuidar do tema e, nesse mesmo sentido questiona: «(...) será admitida a reprodução para uso privado se o exemplar copiado houver sido disponibilizado em violação do direito de autor ou do direito conexo?» VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 454.

⁷⁶⁰ Cf. MAILLARD, Thierry. **Retour aux Sources (Illicites) de la Copie Privée: à Propos du Jugement de Grande Instance de Bayonne du 15 novembre 2005**. Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n.º 12, Janeiro, 2006, pp. 10-12. Sobre o tema vd. LUCAS, André e LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 3.ª ed. Paris: LITEC, 2006 e TRABUCO, Cláudia. **O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 518-519.

⁷⁶¹ Como se pode verificar na decisão: FRANÇA. **Decisão n.º 11 de 17.12.2008 da Comissão da Cópia Privada a respeito do art. L. 311-5 do Código Francês de Propriedade Intelectual**. JORF n.º 0297, 21.12.2008, p. 19670, texto n.º 24, n.º MCCB0830460S, Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019962964>>, acesso em 21.01.2014.

de reprodução para uso privado⁷⁶². Observe-se, contudo, que o texto autoral alemão, a despeito de não fazer referência à exibibilidade da fonte lícita, disciplina que a cópia não será permitida, quando a fonte utilizada para a cópia, for manifestamente ilícita.

É o que informa José Alberto Vieira a respeito das discussões sobre o projeto de transposição da Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação; ocasião em que se decidiu pela não admissão do ato de reprodução para uso privado, quando verificado que o mesmo concretizou-se através da utilização duma fonte ostensivamente ilícita⁷⁶³.

Observe-se, que o juízo de interpretação sobre a omissão do legislador português e alemão apresenta-se diverso. Enquanto em Portugal a preocupação aparentemente é a verificação da licitude da fonte utilizada para o ato de reprodução; na Alemanha, a discussão assenta-se na identificação desta mesma fonte não se compreender como ostensivamente ilícita.

Já a redação da lei autoral espanhola é bastante curiosa e é, praticamente idêntica, pelo menos no que diz respeito ao resultado final, ou seja, quanto a inadmissibilidade do ato de reprodução para uso privado, após o insucesso na verificação da licitude da fonte utilizada para reprodução. A distinção marcante, encontra-se no cuidado que o legislador espanhol apresentou, quando regulou a matéria, informando detalhadamente o estrito limite da cópia privada.

Registre-se, assim, que no n.º 2, do art. 31 da lei autoral espanhola a dispensa de autorização prévia do autor para a reprodução destinada ao uso privado, recai apenas sobre as obras já

⁷⁶² In verbis: «§ 53 reproductions for private and other personal use. (1) are permitted individual copies of a work by a natural person for private use on any medium, provided that they are neither directly nor indirectly commercial purposes, unless a template manifestly unlawful produced or made publicly available is used for reproduction. (...)». § 53 reproduções para uso privado e outro usos pessoais. (1) são permitidas as cópias individuais da obra por uma pessoa singular para uso privado em qualquer meio, desde que nem direta ou indiretamente tenha fins comerciais, a menos que uma fonte manifestamente ilegal produzida ou disponibilizada ao público seja utilizada para a reprodução.» ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p. 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>.

⁷⁶³ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 454.

divulgadas e, desde que o beneficiário da cópia⁷⁶⁴, tenha acedido legalmente a fonte a ser reproduzida⁷⁶⁵.

Mister salientar, que esta distinção de regimes nacionais de cópia privada, em particular, no espaço da União Européia, deve-se na verdade em razão da própria omissão encontrada sobre a matéria, ora em estudo, no texto legal comunitário. A Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação é silente quanto à exigência de verificação da licitude da fonte a ser reproduzida.

Quanto à legislação autoral norte-americana, guardada as distinções de sistemas jurídicos em causa, refira-se que o § 107 do Copyright Act não é claro quanto à exigência da licitude da fonte a ser reproduzida; especialmente pelo fato de admitir a reprodução de obras ainda não divulgadas, quando os demais critérios de natureza aberta estiverem conformados. Refira-se o que se realiza, com melhor precisão, quando identificados no caso em concreto.

Denote-se que para os efeitos de admissão da cópia privada, a legislação anglo-americana, sustentada na doutrina do *fair use*, que se assenta na regra dos três passos, para o deslinde do problema que ora se apresenta quanto à licitude da fonte reproduzida, necessita duma análise um pouco mais acurada sobre o que se vem entendendo por caso particular.

Seguindo esta preocupação, o próprio legislador autoral norte-americano, esclarece o que se deve entender sobre um caso particular, que justifique a imposição de limite em favor do uso privado, no exercício do exclusivo autoral. Destacando, assim, portanto, que se compreende como um caso particular aquele que tem como objetivo um uso justo.

O uso justo configura-se como aquele que faculta uma utilização com propósito educacional, para fins de natureza privada. Assim, é que o dever do intérprete e do sujeito que pretende fazer uso deste sistema, no caso do sistema autoral norte-americano, é verificar a natureza do

⁷⁶⁴ Sobre a definição do sujeito que materialmente realiza o ato de reprodução, faça-se remissão mais à frente quando se investiga a exigência da obrigatoriedade de identificação do autor material da cópia, com o beneficiário da mesma.

⁷⁶⁵ In verbis, leia-se a previsão autoral em comentário: «(...) 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente (...)». Tradução livre: « (...) 2. Não necessita de autorização do autor a reprodução em qualquer suporte, de obras já divulgadas quando levadas a cabo por uma pessoa física para o seu uso privado a partir das obras que tenham sido acedidas legalmente . (...)»ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N° 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>.

trabalho copiado; a quantidade do que foi copiado, em proporção com o que realmente é necessário para o uso, e em relação com o mercado e o valor do trabalho autoral⁷⁶⁶.

Fora do espaço europeu e norte-americano, frise-se sobre a matéria na legislação autoral brasileira que também se apresenta silente quanto à esta obrigatoriedade de fiscalização da licitude da fonte reproduzida⁷⁶⁷.

Todavia, observe-se o uso da expressão «reproduzidos com fraude» pelo legislador brasileiro, ao estabelecer as sanções civis por eventuais atos de violação ao exclusivo autoral, no art. 104. Note-se, que a referência ao elenco de atos, que podem causar danos às faculdades autorais, é o objetivo deste artigo. Por isso, a preocupação em deixar exposto na lei autoral, as hipóteses de violação, como o faz quando estabelece haver ilícito no ato de «utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude».

Sem embargo, destacou-se a finalidade deste dispositivo, de modo a evitar equívocos de interpretação na lei. Já que o fato do legislador utilizar a expressão «reproduzidos com fraude», põem em conflito o silêncio inicial do legislador brasileiro sobre a origem lícita da obra. Aparentemente, de modo, pouco cuidado, em tom de descuido legislativo o uso desta expressão, pode causar problemas, na interpretação do que se entende por uso privado, restringindo-o às hipóteses de utilização de obras reproduzidas de modo não fraudulento, a contrário senso.

Acrescente-se, ainda, como é óbvio que a realidade dos países que comungam dum sistema jurídico que não utiliza cláusulas gerais abertas, mas sim limites fechados e expressos na lei, não é a mesma. Assim, parece extremamente rigoroso transferir este dever de controle sobre o respeito às normas do direito de autor, com o fim de evitar atos de violação ao direito de autor, ao sujeito que pretende realizar um ato de reprodução para uso privado.

Nesta medida, bastante provável, a realização de atos de reprodução para uso privado, fora do preceito legal, já que a discussão do que se trata como fonte lícita, ou não manifestante ilícita é bastante tortuosa a depender do que seja adotado pela sistemática interna de cada diploma para a tutela do exclusivo autoral. Não tem o utilizador, capacidade técnica e jurídica, para compreender o escopo da licitude ou ilicitude da fonte utilizada para a realização do ato de reprodução para uso privado, que é legítimo.

⁷⁶⁶ Para melhor compreensão destes parâmetros de controle sobre o ato de reprodução para uso privado no direito norte-americano, leia-se o que refere o legislador norte-americano no § 107 do Copyright Act.

⁷⁶⁷ Conforme a previsão do inciso II, do art. 46, da Lei n.º 9.610/98.

Entender, desta forma, é relegar a cópia privada para a marginalidade dos atos de reprodução autorizados, restringindo as opções de liberdade de escolha do utilizador.

Ademais, o dever de controlar a licitude dos atos de comunicação da obra protegida pelo direito de autor, não se compreende uma tarefa que deva ser levada a cabo por um único utilizador que deseja proceder à um ato de reprodução para uso privado, que se recorde, trata-se de ato lícito, posto que ínsito nos limites do direito de autor.

Neste sentido, apresenta-se de todo inócua a discussão sobre a licitude da fonte reproduzida para efeitos de delimitação da noção de reprodução para uso privado. Ressalte-se que o limite imposto ao exercício do exclusivo autoral de exploração econômica, implica na licitude do ato de reprodução para uso privado.

3.2.4 O autor material da reprodução para uso privado

Aponte-se, que delimitar a noção de reprodução para uso privado, não somente implica em definir o âmbito da esfera privada de utilização, que na verdade reconduz na busca pelo sujeito autorizado à utilização neste espaço privado de utilização; mas também em distinguir qual o sujeito admitido a materialmente executar o ato de reprodução neste mesmo espaço.

Como já se detectou na subsecção acima, algumas dúvidas surgem no momento de realizar tal delimitação, o que neste sentido não será diferente no caso a que ora a presente investigação propõe-se. Portanto, distinguir o autor material de reprodução, não reside apenas em detectar o indivíduo responsável pela ação de reprodução; mas, sim em analisar nos limites da lei qual o sujeito autorizado para realizar tal ato, bem como, estabelecer se incorre em violação ao direito de autor aquele sujeito que não autorizado, realizar o ato de reprodução.

E ainda, indagar se em face dos limites legais é possível haver identidade entre o autor da cópia, ou seja aquele sujeito que materialmente realiza a cópia e o sujeito que é beneficiado por este ato de reprodução. Ou seja, analisar se a legislação exige tal identidade, e em caso positivo, não se conformando esta identidade entre o autor material e o sujeito beneficiário, se o ato de reprodução, restaria no campo da ilicitude.

A legislação autoral portuguesa sobre o tema parece bastante clara ao estabelecer na alínea a), do n.º 2, do art. 75.º que o beneficiário da cópia restringe-se apenas à uma pessoa singular⁷⁶⁸. Parece assim, que a opção do legislador português fora a de excluir a possibilidade da pessoa jurídica realizar a cópia privada, mesmo que a finalidade do ato de reprodução, seja eminentemente gratuita.

Observe-se, todavia, como já discutido nesta investigação, que num esforço de interpretação alargada, admiti-se que para o regime jurídico da cópia privada reprográfica, o beneficiário do ato de reprodução, pode estender-se para além do sujeito singular. Pois, na primeira parte deste mesmo dispositivo legal (n.º 2, art. 75.º) o legislador, ao tratar do regime jurídico da cópia privada reprográfica omite-se quanto à natureza do sujeito; por outro lado, na segunda parte, ao regular o regime jurídico da cópia privada digital, é bastante claro e restringe os atos de reprodução aos sujeitos privados.

Por isso, defende-se, a possibilidade do alargamento dos sujeitos autorizados a realizarem e beneficiarem-se da cópia para uso privado. Admitindo-se, que o ato de reprodução para uso privado seja levado a cabo, também por pessoas jurídicas, desde que para o seu uso interno, restringindo-se tais atos de reprodução aos meios reprográficos ou semelhantes, conforme a disposição da primeira parte, do n.º 2, art. 75.º do texto autoral português.

Já quanto ao autor material da cópia o mesmo diploma legal português não se apresenta tão claro; dado que não faz nenhuma observação sobre a impossibilidade de terceiros executarem material e concretamente o ato de reprodução. Esta discussão, a despeito de inicialmente não se apresentar importante, afigura-se relevante, pelo fato de definir o campo de licitude da reprodução para uso privado.

De sorte que se interpretado restritivamente o sentido da lei, é fundamental que o autor material da reprodução seja o próprio sujeito a beneficiar-se da utilização da cópia.

O legislador espanhol, entretanto, de forma mais clara que o português, esclarece que o beneficiário da cópia deve ser uma pessoa física, parecendo exigir que o copista identifique-se com a figura do sujeito a fazer uso da cópia. O equivale dizer, portanto, que no ato de

⁷⁶⁸ In *verbis* leia-se o que expressamente dispõe o legislador português: «bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos;» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

reprodução para uso privado, apenas se admite a interferência dum único sujeito, reunindo-se, neste, as qualidades de copista e beneficiário da cópia⁷⁶⁹.

Lembre-se, que em linhas acima, inclusive já se discutiu doutrinariamente sobre o problema duma interpretação restritiva neste sentido, posto que apresenta um limite construído para a delimitação dum uso pessoal e não privado. Esta solução, como já esclarecido anteriormente, não se reconduz para a construção dum verdadeiro sistema livre de utilização, que proclama por uso privado, e não estritamente pessoal.

De mais a mais, acresça-se que a disposição contida no n.º 2, do art. 31 da lei autoral espanhola determina que a cópia deve ser realizada por uma pessoa física para o seu uso privado. Ou seja, aparentemente o legislador espanhol, assim determinou que a cópia para uso privado tem como condição para incluir-se no campo da licitude, que seja realizada pelo próprio beneficiário⁷⁷⁰.

Muito embora, a doutrina espanhola com firmeza venha criticando esta solução do legislador autoral, esta tem sido a interpretação adotada⁷⁷¹. Frise-se que esta compreensão, acaba por não justificar a previsão dum sistema de utilização livre, com sustento na compensação equitativa pela cópia privada, hoje, regulada pelo Real Decreto n.º 1657/2012; dado a potencialidade do

⁷⁶⁹ In verbis, é o que dispõe o n.º 2, do art. 31: «2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado (...)» Tradução livre: «2. Não necessita de autorização do autor a reprodução em qualquer suporte, se obras já divulgadas quando realizadas por uma pessoa física para o seu uso privado (...)». ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N.º 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>.

⁷⁷⁰ Cf. SALAMANCA, Sara Martín. **Comentários ao artigo 31 do Texto Refundido, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril**. in TAPIA, José Miguel Rodríguez. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Civitas, 2007, p. 241. É o que também defende GÓMEZ, Eduardo Serrano. **Los Derechos de Remuneración de la Propiedad Intelectual**. Madri: Dykinson, 2000, p.. 218.

⁷⁷¹ Aliás esta compreensão, alargou-se mais ainda com as alterações legislativas decorrentes da Lei 23/2006, de 07/07, constantes no n.º 2, do art. 31 da Lei de Propiedad Intelectual de Espanha. No caso particular deste dispositivo a utilização da expressão “copista”, fora substituída por “por una persona física para su uso privado”. Deste modo, a lei espanhola, mais expressamente clarificou que a reprodução para fins de uso privado, configurava-se autorizada, desde que realizada por uma pessoa física e para o seu próprio uso privado. De sorte, que sem espaço para discussões quanto ao sentido da lei, sobre a ilicitude do ato material de reprodução, realizado por terceiro, mesmo que a finalidade da reprodução consubstancia-se no uso privado do beneficiário da cópia. Com o mesmo entendimento doutrinário, vd. SALAMANCA, Sara Martín. **Comentários ao artigo 31 do Texto Refundido, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril**. in TAPIA, José Miguel Rodríguez. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Civitas, 2007, p. 241.

número crescente de cópias, poder vir a causar prejuízos injustificados aos titulares de direitos de autor⁷⁷².

Neste sentido, julga-se ser mais adequado, sustentar-se, na legislação portuguesa, que diferentemente da legislação espanhola, não apresenta uma redação tão restritiva sobre o assunto, que as figuras do copista e do beneficiários, sejam dissociadas. Portanto, entende-se que o autor material da reprodução pode ser um terceiro que não o próprio beneficiário da cópia para uso privado. Deste modo, é que, em geral a figura do terceiro assume-se como não relevante, isto é, eminentemente secundária, para delimitar o campo da licitude para a reprodução que se destina ao uso privado.

Todavia, afigura-se importante delimitar se o beneficiário da cópia para uso privado, realmente destina a cópia para tal fim; posto que se verificando a alteração da finalidade, permitida em lei, dentro dos limites estabelecidos pelo espaço de liberdade de reprodução para uso privado, apresenta-se a cópia no campo da ilicitude.

Observe-se ainda que para efeitos de conformação deste campo de licitude necessário se faz analisar, também, se relevante é questionar a finalidade do ato material de reprodução. Ou seja, verificar se o terceiro não beneficiário da cópia privada, melhor dizendo o terceiro a quem não se destina o uso privado, independentemente de autorização do titular de direitos de autor, poderá obter lucro pelo seu ato material de reprodução.

Imperioso, é portanto, verificar se escapa ao campo da licitude o fato do ato material de reprodução da cópia para uso privado, realizado por terceiro seja um ato com fim econômico. Como por exemplo, na generalidade dos casos em que o beneficiário remunera um terceiro pela prestação do serviço de reprodução material da obra protegida pelo direito de autor. A exemplo da cópia realizada pelos centros de cópias, através dum exemplar que lhe foi entregue pelo beneficiário da cópia para uso privado.

Claro está, que a solução mais adequada é a de compreender tal ato ainda dentro do campo da licitude; pois que, como já enfrentado em linhas acima, restou claro que o ato material de

⁷⁷² Neste sentido vd. PENADÉS, Javier Plaza. **Comentários ao artigo 25 do Texto Refundido, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril.** in TAPIA, José Miguel Rodríguez. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Civitas, 2007, p. 212-215.

reprodução é meramente instrumental. De sorte que se apresenta importante pois, a delimitação da finalidade do uso que fará o beneficiário da cópia⁷⁷³.

Frise-se, nesta senda que o beneficiário da cópia, configura-se como o sujeito que irá fazer uso da mesma; ou seja, é ele quem faz a opção pela qualidade e quantidade da cópia, de acordo com os seus interesses, que se recorde devem obrigatoriamente residirem num uso de natureza privada. Assim, ao terceiro que concreta e materialmente efetua a cópia não lhe é atribuída a oportunidade sobre a escolha da qualidade e da quantidade da cópia⁷⁷⁴.

Sem embargo, diametralmente oposta será a solução quando se trata do ato de reprodução realizado por terceiro, titular do exemplar reproduzido, destinando-se as cópias à comercialização. A exemplo das cópias realizadas pelos centros de cópias, por meio de exemplar de sua titularidade, que são destinadas, por estes centros, à comercialização entre os seus clientes.

Nesta hipótese não se pode admitir a legalidade de tais atos de reprodução. Observe-se, que o beneficiário da cópia é o próprio sujeito que realiza o ato de reprodução com finalidade comercial, não se compreendendo como instrumental este ato. A despeito da utilização destinar-se ao uso privado do sujeito que adquire o exemplar reproduzido, não tem ele controle sobre a opção pela qualidade e quantidade da cópia, de acordo com os seus interesses.

Assim, não se compreendem estes atos de reprodução como destinados ao uso privado, na medida em que o sujeito beneficiado pela cópia, não é aquele que a utiliza com fins privados, mas sim o sujeito que a reproduz e obtém vantagem econômica sobre a sua comercialização. Por isso, os interesses atendidos pela utilização da cópia não são do sujeito que a utiliza, mas sim, do sujeito que realiza o ato de reprodução, que é beneficiado pelos exemplares reproduzidos, auferindo, assim, vantagem econômica.

⁷⁷³ TRABUCO, Claudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais**. In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

⁷⁷⁴ Assim, defendem André Lucas e Henri-Jacques Lucas, que compreendem ser intelectual a tese ora apresentada; contrariamente à tese material, que atribui relevância ao ato material de reprodução, defendendo, portanto, que o beneficiário da cópia para uso privado, identifica-se com o autor material da cópia. LUCAS, André e LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 3.ª ed, Paris: Litec, 2006, p. 285-287

Muito embora, esta solução seja aquela que melhor se adequa ao regime de utilização livre, os Estados vêm adotando posições diversas, como já enfrentado na subseção anterior⁷⁷⁵. Note-se, especialmente o regime jurídico europeu que mesmo a despeito da recomendação do Parlamento Europeu para que os Estados adotem internamente um regime jurídico que admita como lícita a reprodução efetuada para uso privado quer realizada por uma pessoa singular ou por quem a reproduza em seu nome; apresenta distorções de regimes nalguns Estados, que integram a União Europeia.

A Itália, por exemplo, afigura-se como um dos Estados, da União Europeia, que apresenta distorção no regime da cópia privada, quando exige que a cópia seja realizada pelo próprio beneficiário do uso privado⁷⁷⁶. Esta medida legal, frustra a possibilidade do ato de reprodução material da cópia para uso privado ser realizado por terceiro⁷⁷⁷.

Em posição oposta encontra-se a legislação autoral alemã que admite que o ato material de reprodução para a obtenção da cópia destinada ao uso privado, seja realizado por terceiro, não escapando assim, este ato do campo da licitude⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Em particular, sobre a lei autoral espanhola Javier Plaza Penadés, duramente levanta críticas sobre a opção do legislador em considerar ilícito o ato material de reprodução, procedido por terceiro, mesmo que sob o fundamento de uso privado a favor do beneficiário da cópia. Inclusive, apontando o autor que esta opção não se adequa ao regime de “compensación equitativa por copia privada”, que era previsto no art. 25, e alterado pelo Real Decreto-Lei 20/2011, de 31 de dezembro, que o suprimiu; lembrando, como já destacada que a cobrança da compensação equitativa, retorna à exigibilidade em Espanha em 07.12.2012, através do Real Decreto 1657/2012; todavia, o regime de compensação, agora encontra-se fulcrado num pagamento que fica a cargo do Orçamento Geral do Estado. De modo conclusivo, o autor, sobre a incongruência do regime, questiona o sentido da manutenção dum sistema de compensação equitativa fulcrado na licitude das cópias e reduzi-lo tão somente aos casos nos quais o beneficiário da cópia, fora o próprio autor material do ato de reprodução; entendendo, portanto, como uma cópia ilícita aquela realizada por terceiro, mesmo que em face do uso privado beneficiário. Assim, configura-se ilógico a manutenção dum sistema de compensação equitativa, exclusivamente fundamentado pelo avultoso número de atos de reprodução, concretizados no espaço de liberdade, posto que este ato de produção da cópia para uso privado, envidencia-se como lícito. Por conseguinte, a sustentação deste sistema de compensação equitativa tem o condão de compensar a suscetibilidade da cópia mesmo que lícita, causar prejuízo económico aos titulares de direitos. PENADÉS, Javier Plaza. **Comentários ao artigo 25 do Texto Refundido, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril.** in TAPIA, José Miguel Rodríguez. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Civitas, 2007, p. 212-215.

⁷⁷⁶ Esta previsão obrigatória depreende-se da leitura dos arts. 68 e 71, sexies, já transcritos em notas acima.

⁷⁷⁷ É o que refere Laura Chimiente quando esclarece que a reprodução autorizada no âmbito privada, qualifica-se como lícita, somente quando realizada sem finalidade lucrativa e desde que se destine o uso privado para o próprio sujeito que realiza o ato de reprodução. CHIMIENTE, Laura. **Lineamenti del Nuovo Diritto D'Autore. Directive Comunitarie e Normativa Interna.** 3.^a ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 184.

⁷⁷⁸ É o que refere o § 53 da lei alemã de direitos de autor, já citado *ipsis verbis* em nota acima. Aqui, cabe destaque especial para os caputs do n.º 2 e do n.º 3, deste dispositivo legal alemão, que estabelece: «(...) (2) It shall be permissible to make or to cause to be made single copies of a work: (...) (3) It shall be permissible to make or to cause to be made copies of small parts of a printed work or of individual contributions published in newspaper or periodicals for personal use: (...)» Tradução livre: «(...) (2) Será permitido fazer ou mandar que sejam feitas cópias única dum trabalho: (...) ; (3) Será permitido fazer ou mandar que sejam feitas cópias de pequenas partes duma obra impressa ou das contribuições individuais publicadas em jornais ou revistas para uso pessoal: (...).ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9

Já em França, a sistemática adotada pelo Código Francês de Propriedade Intelectual é também restritiva entendendo, portanto, ser ilícito o ato material de reprodução, realizado por terceiro, que não o próprio beneficiário da cópia para uso privado⁷⁷⁹.

Não parece ser importante a discussão sobre o autor material do ato de reprodução, destinando-se o resultado deste ato aos fins estabelecidos pela lei; ou seja, se a finalidade da cópia sustentar-se num uso privado, a discussão sobre a autoria do ato é ilógica, posto que a finalidade privada do uso, encerra a problemática da ilegalidade do ato de reprodução.

A *ratio* do regime para a cópia privada, sustenta-se no estabelecimento dum espaço de liberdade de reprodução que foi instituído com o condão de equilibrar os interesses envolvidos neste espaço. Portanto, não se afigura razoável a previsão doutras delimitações, que em geral serão secundárias em face da principal, qual seja, a verificação de que a cópia realizada destina-se ao uso privado.

No entanto, a redação expressa pela lei autoral brasileira é restritiva, pois apenas entende a licitude da cópia «para uso privado do copista, desde que feita por este»⁷⁸⁰. Parece assim, que o legislador brasileiro adotou uma postura mais conservadora no que diz respeito à fixação do espaço livre para a reprodução, consistente no uso privado. Ou seja, restringe o ato de reprodução para uso privado, como aquele que deve ser realizado pelo próprio beneficiário da cópia.

September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>. No mesmo sentido pontuando sobre esta peculiaridade do regime alemão observa TRABUCO, Claudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais**. In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

⁷⁷⁹ É o que refere o dispositivo legal, a seguir transcrito: «Article L122-5 (...) 2.º Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique; (...)» Trad. Livre: «Artigo L122-5 Quando a obra foi divulgada, o autor não pode proibir: (...) 2.º As cópias ou reproduções realizadas a partir duma fonte lícita e estritamente reservada à utilização privada do copista e que não se destine à uma utilização coletiva, com exceção das cópias de obras de artes destinadas à outras utilizações com finalidades idênticas para as quais a obra original foi criada e as cópias de software com exceção das cópias de salvaguarda nas condições especificadas no inciso II, do artigo L. 122-6-1 assim como as cópias ou reproduções duma base de dados eletrônica ». FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

⁷⁸⁰ Conforme disciplina o inciso II, do art. 46, da Lei n.º 9.610/98.

Ademais, frise-se, que a discussão sobre este assunto, toca de perto com outro, que diz respeito ao meio escolhido para a realização da cópia. Neste, a solução apresentada pela generalidade dos regimes de utilização livre foi a de conferir liberdade de opção dos meios para a realização da cópia.

Por isso, se a generalidade dos sistemas de cópia privada, consideram o ato de opção pelo meio para a reprodução, como instrumental⁷⁸¹. Determinando-se, portanto, a licitude do ato de reprodução, seja qual for o meio escolhido para reprodução. Qual o sentido da adoção duma lógica contrária; ou seja, de não liberdade, no que concerne à opção pelo autor material do ato de reprodução?

Sem embargo, a regulação dum sistema de cópia privada, contendo lógicas opostas de liberdades, é o mesmo que encerrar um regime de utilização livre frontalmente incongruente⁷⁸². Assim, se a lógica é de instrumentalidade na opção pelo meio escolhido para reprodução, esta mesma lógica deve ser mantida na opção pela escolha do autor material da reprodução.

Esta observação, só denota que a preocupação, de modo geral, dos ordenamentos jurídicos deve residir no conteúdo do ato de reprodução, ou seja, na finalidade a que este se destina. Assim, o escopo da licitude deste ato deve ser estruturado seguindo a finalidade da utilização para a qual se destina a cópia privada.

⁷⁸¹ Como disciplina a legislação autoral portuguesa, na previsão da alínea a, do n.º 2, do art. 75.º, in verbis: «(...) a) A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de **qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes**, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos; (...)». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-leis-civis/direito-de-autor-e/>>. Da mesma forma a legislação autoral espanhola, na previsão n.º 2, do seu art. 31, a seguir: «(...) 2. No necesita autorización del autor la reproducción, **en cualquier soporte**, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado (...)». Tradução livre: «(...) 2. Não necessita de autorização do autor a reprodução, em qualquer suporte, de obras já divulgadas quando levadas a cabo por uma pessoa física para o seu uso (...)». ESPANHA. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N.º 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>. E, também, do que se extrai da legislação autoral italiana, no seu art. 71 sexies, da legislação alemã, no n.º 1, do art. 53, combinado com o n.º 1 do art. 16 e da legislação francesa, no art. L122-5, combinado com o art. L122-3.

⁷⁸² É o que ocorre no caso da lei autoral brasileira, que aplica lógicas distintas de liberdade; uma vez que, adota a lógica da instrumentalidade na opção pelo meio escolhido para reprodução, não utilizando desta mesma lógica na opção pela escolha do autor material da cópia, conforme a disciplina do inciso VI, do art. 5.º, combinada com o inciso II, do art. 46.

3.2.5 *O número de cópias reproduzidas para uso privado*

Note-se, ainda que delimitar a noção de reprodução para uso privado, não se resume apenas a identificar o conteúdo da esfera privada de utilização, bem como o autor material da reprodução e o seu beneficiário. Esta tarefa é ainda mais complexa, pois que não se prescinde da delimitação quanto ao número de cópias autorizadas; ou seja, a fundamentação não reside apenas em demonstrar o uso privado da cópia, como o resultado da fixação do espaço de liberdade.

De sorte que, nesta subsecção o estudo tentará demonstrar se o desrespeito ao número de cópias fixados na lei, pressupõe a entrada do ato de reprodução previsto neste espaço de liberdade, no campo da ilicitude.

Aponte-se desde já que o critério estabelecido, ora em discussão, sobre o número de cópias, dum modo geral, constanta-se na maioria das legislações autorais nacionais. Porquanto, eventual desrespeito ao número de cópias, relegará a cópia à esfera da ilicitude, mesmo que reproduzida estando presente a finalidade de uso privado.

Há quem defenda que o número de cópias para uso privado autorizado, encontra-se direta e proporcionalmente vinculado ao valor a pagar-se a título de compensação equitativa⁷⁸³. É neste sentido que o legislador autoral português regulamentou a possibilidade dos titulares de direitos de autor através de medidas eficazes de carácter tecnológico, controlarem o número de reproduções autorizadas concernentes ao uso privado⁷⁸⁴.

Refira-se, no entanto que o legislador comunitário não se preocupou em determinar o número de cópias autorizadas pelo sistema de utilizações livres, fulcrado no uso privado. Esta previsão normativa não é a que se apresenta como a melhor técnica jurídica, em especial para

⁷⁸³ É o que explica Alexandre Dias Pereira, acrescentando que o regime de proteção dos programas de computador estabelecem o direito à uma cópia de segurança e quanto ao regime das bases de dados não previa permissão, tendo sido alterado pela Diretiva 2001/29/CE. PEREIRA, Dias Alexandre. **Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. vol. LXXXI, p. 441-509. Coimbra: 2005, p. 489-491.

⁷⁸⁴ Esta é a previsão contida do n.º 8, do art. 221.º, in verbis: «8 – O disposto nos números anteriores não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas eficazes de carácter tecnológico para limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

a segurança e garantia do regime da cópia privada, no espaço europeu; pois que permite interpretações restritivas⁷⁸⁵.

Cumprir observar nesta senda que o legislador no momento da determinação do número de cópias autorizadas para o uso privado, especialmente, não se pode esquecer do sistema de utilização livre no qual se encontra compreendido o regime da cópia privada. Pois, descuidando-se desta harmonização, poderá a norma criar desequilíbrios que não se apresentam coerentes com a finalidade do próprio sistema, que estipula a coabitação de interesses de natureza diversas num espaço de liberdade para reprodução.

Lembre-se que a disposição normativa aberta e indeterminada é uma característica do sistema de utilização livre dos países anglo-americanos, cujo regime da cópia privada não se encontra previsto numa lista de atos autorizados, posto que ausente a disciplina de limites ao exclusivo autoral. Por isso, adotam regras gerais abertas sustentadas no *fair use* ou no *fair dealing*⁷⁸⁶.

Todavia, há quem defenda a utilização da regra dos três passos⁷⁸⁷ com o fim de estabelecer o número adequado de reproduções livres fulcradas no uso privado. Assim, estipula-se que o número de reproduções lícitas para o uso privado não deve atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ Sobre o assunto Alexandre Dias Pereira, afirma que se trata dum problema de solução ainda aberta, restando «Entre o zero e o infinito, a diretiva não define o número de reproduções livres para uso privado.» PEREIRA, Dias Alexandre. **Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa**. in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. vol. LXXXI, p. 441-509. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 491.

⁷⁸⁶ Convém, apontar que a lei destes países modo geral não define a compreensão e o conteúdo da doutrina do *fair use*, limitando-se a estabelecer os parâmetros que podem ser aplicados à mesma. Observe-se que de acordo com Copyright Act, o sistema fulcrado na doutrina do *fair use* permite que um indivíduo utilize livre e gratuitamente uma obra protegida pelo direito de autor, desde que esta utilização assente-se num fundamento de crítica, comentário, noticiar fatos e atualidades, ensino instrução ou investigação. Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 427.

⁷⁸⁷ Recorde-se que a aplicação da doutrina do “*fair use*” pelos Tribunais Norte-Americanos, encontra-se fundamentada na aplicação caso a caso dos quatro fatores que se encontram presentes no § 107 do Copyright Act; quais sejam, propósito e caráter do uso não autorizado; natureza da obra intelectual; quantidade reproduzida sem autorização da obra intelectual protegida; e, o efeito do uso não autorizado no mercado potencial da obra protegida e seu valor econômico. A análise destes quatro fatores, pelas cortes norte-americanas, não é realizada individualmente, mas sim conjuntamente. Como no exemplo do caso Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc, no qual se discutiu o problema dos utilizadores que adquiriram videocassete da marca Betamax na década de 80 e utilizavam a tecla time-shifting do aparelho para gravar filmes e programas de televisão. Neste caso em particular a Suprema Corte Americana decidiu que se tratava duma utilização comercial; já que ausente a finalidade de lucro, e ainda pelo fato do uso configurar-se como privativo e doméstico. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc**. 464 U.S. 417, 451 (1.984). Disponível em <<http://laws.findlaw.com/us/464/417.html>>.

⁷⁸⁸ É o que sustenta Alexandre Dias Pereira, após apresentar o entendimento dos tribunais alemães, que estabeleceram ser possível a reprodução de 7 cópias, fundamentadas no uso privado. Informa, o autor, ainda, em notas que a determinação deste número não pode ser compreendida como uma regra, mas sim como um critério

Sem embargo, a utilização duma regra instituída por um sistema de utilização livre que não identifica a previsão da cópia privada, nem tão pouco estabelece limite ao uso privado, não se apresenta como a melhor solução para resolver o problema do número de cópias autorizadas, sustentadas no uso privado⁷⁸⁹.

De qualquer sorte a previsão do limite ao uso privado, não deixa escapar a necessidade da fixação dum número de cópias autorizadas e fundadas neste uso. Portanto, ausente a previsão da lei sobre este número, é possível defender que a finalidade do uso consubstancia-se no limitador razoável do número de cópias⁷⁹⁰.

Na verdade, as situações em concreto demonstram que o utilizador de modo geral, apenas realiza a cópia dum único exemplar para o uso privado. Mas, esta realidade não afasta a possibilidade do utilizador em face da concretude do uso privado, veja-se obrigado a realizar a cópia em número superior⁷⁹¹. Por exemplo, na hipótese do utilizador que para melhor aceder a sua obra favorita, e por forma a satisfazer o seu interesse de sempre tê-la em mãos para utilizá-la, resolve copiá-la num formato adequado para ser reproduzida nos seus diversos aparelhos tecnológicos de reprodução⁷⁹².

de referência; já que a necessidade do utilizador de reproduzir para o uso privado, apenas poderá ser verificada no caso concreto. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa**. in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. vol. LXXXI, p. 441-509. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 491. O autor também sustenta a tese da não clausura da legislação autoral, argumentando que é possível recorrer-se a outros institutos equitativos, como se apresenta eficaz a figura do abuso de direito, principalmente na hipótese da concorrência e da colisão de direitos fundamentais da comunicação. PEREIRA, Dias Alexandre. **Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção)**. in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. p. 3-10, ed. 94, Maio/Junho, 2008.

⁷⁸⁹ Inclusive este é o entendimento de José Alberto Vieira, que entende a regra dos três passos como um «instrumento de controlo da política legislativa dos Estados no estabelecimento de limites ao direito de autor e direito conexos». Assim é nestes termos que o autor não admite a utilização da doutrina do *fair use*, sustentada na regra dos três passos, como um «critério de licitude do exercício de cada limite»; instituindo, portanto, um «limite ao limite», já que facultaria a devolução «ao exclusivo legal deste direito a liberdade concedida às pessoas pelo limite!» VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 457.

⁷⁹⁰ É isto que defende Cláudia Trabuco, quando inclusive aponta em notas que no regime jurídico alemão em face da não previsão normativa tem-se estabelecido o número de 7 exemplares, como um critério razoável que justifique a sustentação do regime da cópia privada. TRABUCO, Cláudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais**. In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

⁷⁹¹ Sobre esta necessidade que é presente no domínio da cibercultura André Lemos esclarece que se trata dum fenómeno de «migração de formatos», advindo do nascimento dum novo formato de comunicação que se apresenta bidirecional e sem possibilidade de controle sobre o conteúdo. LEMOS, André. **Cibercultura. Alguns pontos para compreender a nossa época**. Cunha, Paulo (orgs). Olhares sobre a Cibercultura. pp. 11-23, Porto Alegre: Sulina, 2003.

⁷⁹² É o caso do indivíduo que apaixonado pelo último álbum do Dave Matthews Band, copia a obra para ouvir no seu leitor de MP3, realiza uma segunda cópia para ouvir no seu computador pessoal, uma terceira para ouvir no computador do seu local de trabalho, uma quarta para ouvir no leitor de CD's do seu carro e uma quinta para ouvir no seu novo aparelho de telefonia móvel. Ou seja, note-se que o problema não se trata do número de cópias da mesma obra realizadas pelo mesmo sujeito; mas sim do fim a que se destina estas cópias. O que vale dizer se

No caso particular da legislação autoral brasileira e portuguesa, convém ressaltar que o sistema de utilização livre encontra-se assente na fixação de limites expressos na lei. De sorte que não podem os mesmos valerem-se de critérios abertos e indeterminados para delimitar o âmbito e a noção da reprodução para uso privado.

Denote-se que há sistemas de utilização livre que expressamente determinam o número de cópias autorizadas para uso privado. Como é o caso da legislação autoral brasileira, que determina expressamente estar autorizada a cópia «em um só exemplar»⁷⁹³. E ainda o da legislação autoral venezuelana que disciplina sobre a licitude da reprodução, autorizando tão-somente a reprodução de uma única cópia.⁷⁹⁴

Outrossim, deve a presente investigação questionar-se sobre as razões que justificam o estabelecimento na lei do número de cópias autorizado pelo regime do uso privado. Lembre-se que a fundamentação deste regime sustenta-se na criação dum espaço de liberdade para reprodução, com vistas ao equilíbrio pretendido em face dos interesses que coabitam este mesmo espaço.

Assim, não se apresenta da melhor técnica jurídica limitar-se o número de utilizações fulcradas neste regime de uso privado; posto que o mesmo fora criado, no sentido de por fim ao desequilíbrio criado fictamente pela lei, quando esta disciplina o exclusivo econômico em favor do criador intelectual⁷⁹⁵.

Porquanto limitar o número de cópias para uso privado, configura o retorno ao desequilíbrio indesejado. Não há como o legislador, sob as vestes da potencialidade da concretização dos atos ilícitos de reprodução, mitigar a liberdade para reprodução, cuja noção fora delimitada em face do alcance do equilíbrio de forças, entre os interesses de conteúdo e titularidade distinta.

as cinco cópias, no exemplo apresentado, destinam-se ao uso privado, não há que se questionar sobre a ilicitude dos atos de reprodução.

⁷⁹³ Previsão contida no inciso II, do art. 46, da Lei n.º 9.610/98.

⁷⁹⁴ É o que se encontra disciplinado no n.º 1, do art. 44, da Lei sobre Direitos de Autor da Venezuela, «de una copia de la obra impresa, sonora o audiovisual». VENEZUELA. Ley sobre el Derecho de Autor. Caracas, 1.º de outubro de 1993. *Gazeta Oficial de la República de Venezuela*, n.º 4.638 Extraordinário. Disponível <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdocs.venezuela.justia.com%2Ffederales%2Fleyes%2Fley-sobre-derecho-de-autor.pdf&ei=h3jYUov2OK3lsASCloGgBg&usg=AFQjCNGdqqEZttLNDmuLQD1rbTRc35JB5A&bvm=bv.59568121,d.cWc>>.

⁷⁹⁵ Karin Grau-Kuntz destaca inclusive que ao autor não é garantido direito de propriedade algum. E assim defende que o exclusivo autoral apenas confere prerrogativas de controle que são impostas sobre o controle de acesso à obra. KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor.** in *Liinc em Revista*, v.7, n.2, p. 405-415, setembro, 2011, Rio de Janeiro.

Não se coaduna com o próprio sistema de utilização livre a limitação do número de cópias, uma vez que este apresenta-se de análise instrumental em face da essencialidade dos fins sobre os quais o sistema foi criado.

3.2.6 A afetação da exploração normal da obra e o prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular na reprodução para uso privado

Cumpre-se agora investigar dois critérios que dizem respeito eminentemente à exploração econômica da obra protegida pelo direito de autor e que irão colaborar na tarefa de delimitar a noção de reprodução para uso privado.

Assim, busca-se, primeiro, verificar nesta subseção se a determinação dum espaço de liberdade para reprodução, consubstanciado no uso privado, poderá afetar, dificultar ou mesmo encerrar a atividade normal de exploração econômica da obra, quer do autor ou dos titulares de direitos de autor sobre a obra.

Em seguida, será também questionado se este mesmo espaço de liberdade para reprodução fulcrado no uso privado, poderá gerar prejuízos injustificados aos legítimos interesses do autor ou dos titulares de direitos de autor sobre a obra.

A necessidade da análise destes dois critérios, reside no fato de que ambos encontram-se previstos quer na legislação autoral internacional, como também em boa parte da legislação nacional.

Na verdade estes dois critérios são originários da previsão da regra dos três passos⁷⁹⁶ contida no n.º 2, do art. 9.º da Convenção de Berna⁷⁹⁷, e que depois fora consolidada noutros instrumentos internacionais; como são os casos do art.10, do Tratado OMPI sobre direitos de

⁷⁹⁶ Esta regra como dantes já referido em notas apresenta a obrigatoriedade da cópia para uso privado alcançar os três passos a seguir, quais sejam: que a reprodução apenas se encontre prevista em determinados casos especiais; desde que para esta reprodução não se prejudique a normal exploração da obra; e, por fim que não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

⁷⁹⁷ Como é a hipótese do n.º 2, do art. 9.º da Convenção de Berna: «2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.» Tradução livre: «2) Reserva-se às legislações dos Estados da União a faculdade de permitir a reprodução de ditas obras em determinados casos especiais, desde que esta reprodução não prejudique a normal exploração da obra nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.» BERNE CONVENTION. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>.

autor⁷⁹⁸ e do art. 13.º do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio⁷⁹⁹.

No âmbito comunitário, recorde-se que o legislador estabeleceu uma previsão idêntica, pois autoriza as reproduções para uso privado, desde que ausente a finalidade comercial, quer direta ou indiretamente, estabelecendo uma compensação equitativa para o efeito⁸⁰⁰. Especificando no n.º 5, do seu art. 5.º a obrigatoriedade de validação das mesmas, quando determinadas por «certos casos especiais»⁸⁰¹, que não estabeleçam «conflito com uma

⁷⁹⁸ In *verbis*, leia-se a previsão contida do Tratado OMPI sobre Direitos de autor: «Artículo 10 Limitaciones y excepciones 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.» Tradução livre: «Artigo 10 Limitações e Exceções 1) As Partes Contratantes poderão prever, nas suas leis nacionais, limitações ou exceções impostas aos direitos concedidos aos autores de obras literárias e artísticas em virtude do presente Tratado em certos casos especiais que não prejudiquem a normal exploração da obra e nem causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, 2) Ao aplicar a Convenção de Berna, as Partes Contratantes restringirão qualquer limitação ou exceção imposta aos direitos previstos na referida Convenção a certos casos especiais, que não prejudiquem a normal exploração da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT**. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

⁷⁹⁹ Leia-se: «Artigo 13 Limitações e Exceções. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio**. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>.

⁸⁰⁰ Esta é a previsão contida na alínea b), do n.º 2, do art. 5.º da Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, in *verbis*: «b) Em relação às reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6.º, à obra ou outro material em causa;». EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁸⁰¹ De nota, são as conclusões obtidas pelo Grupo Especial da Organização do Comércio, sobre a obediência da legislação norte-americana ao triplo teste; uma vez que de modo, particular, cuidaram de delimitar o conteúdo de cada um dos passos do referido teste. Assim, entenderam que a noção de «certos casos especiais» implica na referência das hipóteses de exceções e limitações, que necessariamente não se deve assumir como disposição expressa de cada uma das situações especiais em concreto. Ou seja, suficiente é que a ordem jurídica estabeleça o âmbito particular de alcance das exceções e limitações. Destacou este Grupo, no Relatório do Painel sobre a seção 110(5) do Copyright Act norte-americano que: «In other words, this term means that, under the first condition, an exception or limitation in national legislation must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty.» Ou seja: «Nestas palavras, este termo significa que, de acordo com a primeira condição, uma exceção ou limitação na legislação nacional deve ser claramente definida. No entanto, não há necessidade de identificar-se explicitamente

exploração normal da obra» e não «prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito». Acresça-se, a isto, a determinação do texto comunitário para que os Estados-Membros estabeleçam as exceções e limitações ao exclusivo autoral em conformidade com as obrigações internacionais assumidas⁸⁰². Ou seja, ao exame do triplo teste⁸⁰³.

Reflexamente, esta posição foi espelhada para alguns regimes jurídicos nacionais, como o fez a legislação autoral portuguesa, no n.º 4, do seu art. 75⁸⁰⁴, bem como, a legislação autoral italiana, no n.º 1, do seu art. 71⁸⁰⁵. Da mesma forma, posteriormente, a legislação

cada uma de todas as situações possíveis nas quais a exceção pode ser aplicada, desde que o alcance da exceção seja conhecido e particularizado. O que garante um certo nível suficiente de segurança jurídica.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act.** WT/DS160/R, (00-2284), 15.06.2000, p. 33. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fenglish%2Ftratop_e%2Fdispu_e%2F1234da.pdf&ei=B7_aUrWLDcjvKQeXloGICA&usg=AFQjCNHsxKrvAg8hWF27qssZTRAdiWQq7w&bvm=bv.59568121,d.eW0>.

⁸⁰² Conforme a previsão do considerando n.º 44, da Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que de modo expresso, disciplina a necessidade do alargamento do âmbito de aplicação da normal exploração da obra, como in *verbis* pode-se ler: «Quando aplicadas, as exceções e limitações previstas nesta directiva deverão ser exercidas em conformidade com as obrigações internacionais. Tais exceções e limitações não podem ser aplicadas de forma que prejudique os legítimos interesses do titular do direito ou obste à exploração normal da sua obra ou outro material. A previsão de tais exceções e limitações pelos Estados-Membros deve, em especial, reflectir devidamente o maior impacto económico que elas poderão ter no contexto do novo ambiente electrónico. Consequentemente, o alcance de certas exceções ou limitações poderá ter que ser ainda mais limitado em relação a certas novas utilizações de obras e outro material protegido.» De sorte que nesta esteira, resta por estreitado a esfera de atuação dos limites ao direito de autor, especialmente no âmbito digital. Todavia, não é este o entendimento adotado nesta investigação, que se posiciona no sentido de compreender tais critérios económicos, advindos da regra dos três passos, como instrumentos de controle da política legislativa dos Estados, daí a previsão neste sentido no referido considerando n.º 44, sobre a escolha dos limites a serem estabelecidos ao exclusivo autoral. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁸⁰³ Veja sobre a regra dos três passos, GEIGER, Christophe. **Right to Copy v. Three-Step Test: the Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment.** Computer Law Review International, pp. 7-13, n.º 1, Fev/2005.

⁸⁰⁴ *Verbis*: «4 - Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores, não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.», cominado com a alínea b, do art. 81.º: «b) Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização». PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal.** Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁸⁰⁵ *Verbis*: «Art. 71onies. 1. Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari.» Tradução livre: «Art. 71 nonies 1. As exceções e limitações disciplinadas pelo presente capítulo e de qualquer outra disposição da presente lei, quando aplicada a obras ou outro material colocado à disposição do público para que todos possam acessá-los a partir de um lugar e em um momento por eles escolhido individualmente, não deve estar em conflito com a exploração normal da obra ou de outro material, nem causar prejuízo injustificado aos interesses dos titulares».

autoral francesa, no n.º 9, do art. L122-5, que também disciplina, ao final do art. L 211-3, sobre a exigência destes dois critérios econômicos, para efeitos dos atos de representação⁸⁰⁶. De modo contrário a legislação autoral espanhola e alemã não acrescentaram estes dois critérios econômicos.

Destaque-se, especialmente, as previsões dispostas na legislação autoral portuguesa e italiana, que seguindo as indicações do legislador comunitário, entenderam por bem estabelecer como critério para aferição da licitude da reprodução para uso privado, as consequências econômicas deste espaço de liberdade para o exclusivo autoral.

Desta forma, tanto em Portugal, como em Itália, o regime jurídico da cópia privada foi construindo, com a previsão das exceções e limites impostos ao exclusivo autoral, crescendo-se à tais casos os dois critérios do triplo teste, que refogem ao sistema jurídico que aderem. Ou seja, tanto a legislação autoral portuguesa como a italiana, incluíram critérios próprios da doutrina do *fair use*, que não são comuns ao sistema jurídico de *civil law*, típico dos países de tradição romano-germânica⁸⁰⁷.

A este respeito é que se pode afirmar, uma tendência de harmonização dos dois grandes sistemas jurídicos, pelo menos no que toca em matéria de direito de autor, em particular sobre a escolha dos critérios utilizados pelo legislador para impor limite ao exclusivo autoral⁸⁰⁸. E, é

ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=301483>.

⁸⁰⁶ *Verbis*: Art. L-122-5, n.º 9 «(..) Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.» Trad. livre: «As exceções enumeradas no presente artigo não podem prejudicar a exploração normal da obra, nem causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor» E, tb: «Art. L211-3 Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste-interprète, du producteur ou de l'entreprise de communication audiovisuelle.» Trad. livre: «Art. L211-3 As exceções enumeradas no presente artigo não podem prejudicar a exploração normal da interpretação, do fonograma, do videograma ou programa, nem causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do artista-intérprete, do produtor ou da empresa de comunicação audiovisual.» FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n.º 2012-634 du 3 mai 2012)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

⁸⁰⁷ A consolidação dos sistemas jurídicos em todo o mundo fez surgir uma grande dicotomia de tradição jurídica. Por um lado, encontram-se os países caracterizados pela herança do direito romano-germânico (Civil Law), e de outro, países caracterizados pela herança do direito anglo-americano (Common Law). Como é sabido o primeiro tem por fundamento (fonte direta do direito) a lei, a partir da positivação e codificação, estando em segundo plano, porém com alguma importância, a doutrina e a jurisprudência. É dada prevalência à subsunção (aplicação adequada da norma ao caso concreto), e não à solução do caso concreto em si. Vd. sobre o assunto: VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 270; e, DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 331.

⁸⁰⁸ Nesta senda, é possível afirmar que enquanto a tendência dos países, como o Brasil e aqui em particular de Portugal e Itália, que se baseiam no sistema jurídico de Civil Law, é enrijecer os precedentes através das súmulas

justamente o que se verifica nos casos particulares da legislação autoral portuguesa e italiana, cujos sistemas jurídicos próprios da tradição romana germânico, portando de *civil law*, inseriram na sua normativa, critérios que são especiais do sistema jurídico dos países de tradição anglo-americana, portanto de *common law*⁸⁰⁹.

Para esta investigação, como se pode inclusive de pronto identificar, a opção fora por construir uma pesquisa sustentada na doutrina própria dos países de tradição romano germanânica. De sorte que a regra dos três passos, fora apenas identificada, pois se trata a mesma dum instrumento utilizado pela legislação internacional, responsável por construir a tutela geral internacional em matéria de proteção das criações intelectuais⁸¹⁰. Não se constituindo, portando, esta regra em espécie, objeto central desta investigação.

Ademais, observe-se quando se estuda um sistema, como, por exemplo, o português e o brasileiro⁸¹¹, construído sob o fundamento da imposição de limites típicos, expressos na lei,

vinculantes e impeditivas de recursos; já os países que se baseiam no sistema jurídico de Common Law, como os Estados Unidos e a Inglaterra, tendem à mitigação da eficácia dos precedentes (vinculantes). Cf. DANTAS, Bruno. **Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n 179, jul/set 2008. p. 179 – 190. Exemplificando esta tendência, apresente-se em particular a legislação portuguesa, típico sistema jurídico decorrente do direito romano-germânico, que no n.º 1, do art. 282º da Constituição Portuguesa estabelece que as decisões do Tribunal Constitucional possuem força obrigatória geral. Apresentando, assim uma vinculação geral, ao submeter o legislador à obrigação de não reeditar normas julgadas inconstitucionais ou tornar ineficaz decisão, através de convalidação retroativa. Para além disso, à estas decisões do Tribunal Constitucional, é atribuída força de lei; pois que as deliberações, em face do valor normativo que carregam, fazem efeito perante as pessoas físicas e coletivas privadas. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 1079 - 1082. Aponte-se, que contrariamente, logo no início do seu trabalho José Alberto Vieira, em matéria de cópia privada digital, defende que entre os países de tradição anglo-americana, sustentados pelo sistema de *common law* e os países de tradição romano germânica, reunidos no sistema de *civil law*, ocorre «uma clivagem acentuada», posto que os primeiros qualificam o ato de reprodução para uso privado em ambiente digital, como uma violação ao direito do autor e, já os segundo, integram o ato de reprodução para uso privado no regime de cópia privada, qualificando-o, portanto como lícito. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado.** in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 422.

⁸⁰⁹ Por conseguinte, é possível verificar que há uma tendência mundial à ruptura dos sistemas jurídicos clássicos, sopesando-se, de sobremaneira uma preponderância aos valores constituídos nas leis e nas jurisprudências, especialmente a dos Tribunais Constitucionais; criando-se, de fato, um equilíbrio para que os casos concretos sejam solucionados da melhor forma possível, em busca da segurança jurídica. É o que revela MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 183.

⁸¹⁰ Denote-se que a regra dos três passos pode ser compreendida através do seu papel de aplicação de exceções e limitações dum modo razoável, inclusive conforme determina o Considerando 32 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, no que diz respeito unicamente ao direito de reprodução. Cf. SENFTLEBEN, Martin. **Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO – Panel Reports Shed Light on the Three-Step Tests in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law.** in International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 37, n.º 4, p. 407-438.

⁸¹¹ Na legislação autoral brasileira o regime da cópia privada encontra-se integrado no sistema de utilização livre, previsto no inciso II, do seu art. 46, que contrariamente à legislação autoral portuguesa e italiana, não adiciona os critérios de análise econômica do ato de reprodução para uso privado, típicos da doutrina do fair use, que integram a regra dos três passos. Todavia, acentue-se que no inciso VIII, do mesmo dispositivo legal, o

não se pode conceber o mesmo, utilizando critérios que não lhe são próprios. Como por exemplo a utilização da regra dos três passos, que se trata duma cláusula geral aberta, advinda da doutrina do fair use, que não prevê o limite do uso privado e ainda não disciplina o regime da cópia privada⁸¹².

Sem embargo, a introdução destes dois critérios económicos, na legislação autoral portuguesa e italiana, não podem ser compreendidos como limitadores dos atos de reprodução singulares para uso privado; assim, devem, ser interpretados como mecanismos que podem ser utilizados na fiscalização da atuação legislativa dos Estados na determinação de limites ao direito de autor e aos que lhe são conexos. Portanto, não podem estes critérios serem utilizados para a verificação do campo de licitude para o exercício de cada limite⁸¹³.

legislador brasileiro em matéria de direito de citação adiciona estes critérios económicos, como se pode verificar *in verbis*: «VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.». Ressalte-se, inclusive que o projeto de lei para alteração da legislação autoral brasileira, traz uma bem vinda correção deste inciso, por entender que a despeito da atual lei, já disciplinar a reprodução de obras neste âmbito, não regularmente as demais modalidades de utilização. Assim, após a consulta pública realizada de 14/06 a 31/08/2010 e após debate no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual - GIPI, apresenta a proposta de alteração da lei autoral, como a alteração, em particular neste inciso VIII, do termo “reprodução” para “utilização” e, ainda a substituição da expressão “artes plásticas” por “artes visuais”. MINISTÉRIO DA CULTURA. **Relatório de Análise das Contribuições do Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais**. Secretaria de Políticas Culturais Diretoria de Direitos Intelectuais. Abril de 2011. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Relatorio_Final_para_divulgacao2.pdf>, consultado aos 01.01.2013.

⁸¹² Este também é o entendimento de José Alberto Vieira, ao ponderar sobre a jurisprudência dos países de tradição anglo-americana sobre a cópia privada digital, que não tem admitido como lícito os atos de reprodução, sustentados no uso privado. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁸¹³ Esta é a observação realizada por José Alberto Vieira, que entende como equivocada a opção do legislador português em inserir estes critérios advindos da regra dos três passos. Explica o autor que «a repercussão dos limites na exploração da obra e o prejuízo causado ao autor só podem ser calculados a partir de todas as utilizações que se façam e não de alguma utilização em particular.» VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 457. Tome por exemplo, o caso já citado em notas acima do indivíduo que apaixonado pelo último álbum do Dave Matthews Band, realizou mais de uma ato de reprodução para o seu uso privado. Não resta dúvidas que a perda de US\$ 65,00 pela venda de 5 cópias do seu último álbum *Away From The World*, que na versão em CD custa US\$ 13,00 e na versão em MP3 custa US\$ 9,99, trata-se duma utilização que afete a exploração normal da obra e cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Para a consulta do preço vd. o site da Amazon, disponível em <http://www.amazon.com/Away-From-World-Deluxe-Version/dp/B008FERRFO/ref=ntt_mus_dp_dpt_1>, acesso em 01.12.2013. Especialmente, se comparado com o valor de US\$ 530 milhões arrecadado em ingressos entre 2000 e 2009. O web site Pollstar, integrou o grupo no primeiro lugar da lista entre aqueles que na última década mais arrecadaram com a realização de shows e venda de ingressos. Disponível em <<http://www.pollstar.com/#>>, acesso em 01.12.2013.

Acrescente-se, ainda, em particular que não cuidou a legislação portuguesa de referir expressamente o primeiro passo do teste; por isso, compreensível é assumir que os «certos casos especiais», referem-se aos atos de utilização privada⁸¹⁴.

No Brasil, advirta-se que o legislador, não introduz o triplo teste no regime da cópia privada, expresso no inciso II, do art. 46⁸¹⁵. Entretanto, faz referência aos dois últimos passos do teste, no inciso VIII, deste mesmo dispositivo legal, que cuida da autorização para reproduzir um pequeno trecho de obra preexistente, numa outra obra. Exigindo para tanto, que a reprodução da obra antiga (obra preexistente), não seja o objetivo da obra nova (outra obra)⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Este primeiro passo do teste gerou algum debate sobre o âmbito da expressão, se quantitativo ou qualitativo. Sobre o tema Oliveira Ascensão defende que: «Pensamos que nesse caso prevalecem considerações quantitativas, que são de teor econômico. Fica a dúvida se essas não estão justamente contempladas nos outros dois passos da regra (...). A ser assim, os casos especiais não teriam em si sentido que fosse formal, uma vez que o seu conteúdo só seria determinável pela aplicação dos outros dois critérios: este representariam um apostrofo ou continuado, de que resultaria se o caso seria especial ou não.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais**. in Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes, p. 85 a 111. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 98. Para Dário Moura Vicente, assumindo que a noção de «certos casos especiais», resulta num âmbito quantitativo, é o mesmo que afirmar ser mais alargado o alcance da norma, do que o previsto na regra dos três passos. VICENTE, Dário Moura. **Cópia Privada e Sociedade da Informação**. in Conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf>, Acesso em: 13.02.2011.

⁸¹⁵ Diferentemente do legislador português, o brasileiro não faz remissão ao triplo teste como um critério geral que deve ser observado por qualquer um dos «modos de exercício das utilizações» permitidas independentemente da autorização do autor.

⁸¹⁶ Observe-se que esta previsão da lei autoral brasileira não é muito distante do que Lawrence Lessig denominou de cultura do remix, ou seja, aquela que estampa uma sociedade composta por indivíduos em constante movimento, que aceitam o convite de Umberto Eco, para “fazer a obra com o autor”. Cf. ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 63. Vd. LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008. Denote-se que a magnitude da obra intelectual aponta para a sua atemporalidade. A criação intelectual do autor, de modo geral representa a inspiração, a reflexão deste homem criador sobre os problemas ou situações próprias e particulares dum determinado momento histórico. Mas, pode esta mesma obra intelectual resurgir transformada, após datar milênios da sua criação original. Sávio Laterce aponta que: «Não há dúvida, por exemplo, que a noção de Acaso de Epicuro inspirou Darwin, que a Idéia de Platão ajudou a compor a teoria estética de Schopenhauer ou que a lista de Categorias de Aristóteles ressurgiu reduzida em número nas reflexões de Kant. Essa é a força do pensamento que vai além dos seus autores, o que nos faz acreditar que esses homens raros são extemporâneos, visionários, gigantes intelectuais que apontam flechas para o futuro». LATERCE, Sávio. **Husserl e a Crise da Ciência Ontem e Hoje**. in Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.^a Região. Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.69-99, abr./set. 2008, p. 69. Umberto Eco chega mesmo a defender um procedimento que permite a abertura da obra em duas frentes teóricas distintas, quais sejam, a teoria da informação e a semiótica. Para o autor a obra aberta permite aumentar a entropia da mensagem, surgindo para aquele que utiliza a obra, receptor, portanto da informação, diversas possibilidades num universo de escolhas. Valendo-se da semiótica, o autor, pontua que a obra aberta diverge dos costumes postos, permitindo ao seu utilizador uma fruição ativa, que comporta a percepção de significados múltiplos. Cf. ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. Propor a utilização em movimento das obras intelectuais, é na verdade, segundo o autor, permitir que as mesmas revelem o aspecto fundamental da sua criação, ou seja, «como obras e não como coágulos de elementos casuais prontos a emergir do caos em que estão, para se tornarem uma obra qualquer». Marcante caracteriza-se a proposta do autor que concebe as obras abertas, enquanto em movimento, como o convite para «fazer a obra com o autor». ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 63. Frise-se que a cultura do remix, como defende Lessig, permite o estabelecimento de

Saliente-se, ainda, que a análise dum ato singular de reprodução para uso privado, não se compreende como um parâmetro razoável para verificar se este ato importou na afetação da exploração normal⁸¹⁷ da obra e no prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra⁸¹⁸. Uma aferição fidedigna apenas pode ser conseguida, mediante a realização do cálculo de todos os atos de reprodução para uso privado realizados da mesma obra⁸¹⁹.

Defender posição diversa, é o mesmo que entender que todo e qualquer ato de reprodução para uso privado afeta a exploração normal da obra e causa prejuízo injustificado aos

relações intersubjetivas que se fundamentam nas ações de compartilhamento, transformação e edição de obras intelectuais, tuteladas pelo direito de autor. Lessig informando sobre a nova realidade cultural, esclarece que: «We live in a world infused with commercial culture, yet we rarely see how it touches us, and how we process it as it touches us». Tradução livre: «Nós vivemos em um mundo repleto de cultura comercial, mas raramente vemos como ele nos toca, e como processá-lo como ele nos toca» LESSIG, Lawrence. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008, p.7.

⁸¹⁷ Observe-se que não se pode identificar o alcance da «exploração normal da obra» com o exaurimento de todos os modos de exploração econômica da obra facultadas ao autor. Já que, ao autor, garante-se autorizar, de modos diversos, a utilização da mesma obra a diversos sujeitos, repartindo-se, assim, entre estes, parcelas das faculdades patrimoniais. Portanto, se uma das limitações, individualmente analisadas, afete qualquer um destes modos de exploração da obra, não é possível passar ao segundo passo do triplo teste. Aliás, foi assim, que entendeu o Grupo Especial da Organização do Comércio, sobre a obediência da legislação norte-americana ao triplo teste «If "normal" exploitation were equated with full use of all exclusive rights conferred by copyrights, the exception clause of Article 13 would be left devoid of meaning. Therefore, "normal" exploitation clearly means something less than full use of an exclusive right.» Trad. Livre: «Se a "normal" exploração for equiparada com a plena utilização de todos os direitos exclusivos conferidos pelo direito de autor, a cláusula de exceção do artigo 13 restaria desprovida de significado. Portanto, a "normal" exploração significa claramente algo menos do que a plena utilização de um direito exclusivo.» ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act**. WT/DS160/R, (00-2284), 15.06.2000, p. 44. Disponível em

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fenglish%2Ftratop_e%2Fdispu_e%2F1234da.pdf&ei=B7_aUrWLDcjkvQeXlOGICA&usg=AFQjCNHsxKrvAg8hWF27qssZTRAdiWQq7w&bvm=bv.59568121,d.eW0>

⁸¹⁸ De nota, é o sentido apresentado para o terceiro passo, pelo o Grupo Especial da Organização do Comércio, sobre a obediência da legislação norte-americana ao triplo teste, já que: «The crucial question is which degree or level of "prejudice" may be considered as "unreasonable", given that, under the third condition, a certain amount of "prejudice" has to be presumed justified as "not unreasonable". In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner». Ou seja: «A questão crucial é saber o grau ou o nível de "prejuízo" que pode ser considerado como "não razoável", uma vez que, no âmbito do terceiro passo, uma determinada quantidade de "prejuízo" deve ser justificada presumidamente como não razoável". Em nossa opinião, o prejuízo aos legítimos interesses dos titulares de direitos de autor alcança um nível não razoável se uma exceção ou limitação causar ou tenha o potencial de causar um prejuízo não razoável aos rendimentos dos titulares de direitos de autor». ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act**. WT/DS160/R, (00-2284), 15.06.2000, p. 44. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fenglish%2Ftratop_e%2Fdispu_e%2F1234da.pdf&ei=B7_aUrWLDcjkvQeXlOGICA&usg=AFQjCNHsxKrvAg8hWF27qssZTRAdiWQq7w&bvm=bv.59568121,d.eW0>

⁸¹⁹ Neste mesmo sentido, verificando as diversas modalidades de compartilhamento de conteúdo, bem como dos inusitados novos formatos digitais destes conteúdos e ainda explicando os motivos pelos quais a distribuição on line de conteúdos trata-se dum problema, vd. PICKER, Randal C. **Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution**. in John M. Olin Law & Economics Working Paper n.º. 147, (2.ª série), The Law School, The University Of Chicago 2002. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>, consulta aos 07.10.2012.

legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra⁸²⁰. Pois, realmente o titular de direitos de autor sobre a obra, com um único ato de reprodução para uso privado, deixa de receber a remuneração sobre esta cópia realizada; assim, a depender do número de atos de reprodução, com a mesma finalidade, o lucro sobre a sua atividade intelectual remunerada poderá decrescer, em decorrência da redução do número de exemplares comercializados⁸²¹.

Mais ainda, observe-se que a exigência do atendimento de tais critérios implicaria numa frontal insegurança para o utilizador que procede à um ato de reprodução para o seu uso privado. Restaria impedido a este sujeito saber se o ato de reprodução que intenta realizar, concretamente encontra-se no campo da licitude ou não; já que não há como avaliar se o seu ato afeta a normal exploração⁸²² e causa injustificado prejuízo aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra⁸²³.

⁸²⁰ Cumpre-se enfatizar, que a análise da regra dos três passos, segundo Ginsburg, poderá levar o «the adjudicator from the rather straightforward criteria of the first step, to the potentially manipulable “normal exploitation” second step, to the interpretative uncertainties of the “reasonableness” inquiry», o mesmo que «julgador a partir de critério mais simples do primeiro passo, para o segundo passo potencialmente manipulável da exploração normal, até as incertezas interpretativas do exame da justificação». GINSBURG, Jane C. Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three Step Test” for Copyright Exceptions. in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º 187, Janeiro 2001, p. 57-58.

⁸²¹ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v. VIII, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁸²² Alguns autores questionam-se, verdadeiramente, sobre a «banalização» da obra intelectual, pela reprodução de «clones» das mesmas, através dos novos mecanismos tecnológicos de reprodução. Referindo, inclusive, sobre o risco da inutilização da aquisição da obra, após a reprodução e utilização da cópia, mesmo que realizada num círculo privado. Vd. respectivamente: VICENTE, Dário Moura. **Cópia Privada e Sociedade da Informação**. in Conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf>, Acesso em: 13.02.2011. LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 2.^a ed. Paris: Litec, 2001, p. 268.

⁸²³ Christophe Geiger chega a mesmo a comentar sobre o perigo da aplicação da regra dos três passos no ambiente digital. GEIGER, Christopher. **Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private copy Exception in the Digital Environment**. in *Computer Law Review International*, n.º 1, p. 7- 13, Fevereiro, 2005 p. 12.

3.3 As compensações econômicas pela cópia privada

Até o momento vem-se na presente investigação estudando a garantia dum espaço de liberdade para reprodução em face do uso privado. Evidente que esta observação, de perto toca o problema a enfrentar-se mais a frente, em saber se é possível afirmar a existência dum direito à cópia privada em virtude deste espaço de liberdade para reprodução garantido ao utilizador da obra tutelada pelo direito de autor.

Todavia, por ora cumpre-se, questionar se em virtude desta garantia atribuída ao utilizador da obra intelectual, há que se atribuir aos titulares de direitos de autor uma remuneração, que se destina a compensar equitativamente os potenciais prejuízos que estes venham a sofrer em face da liberdade para reproduzir destinada ao uso privado⁸²⁴.

Refira-se, ainda, que a despeito da necessidade de se apresentar uma solução para o reconhecimento dum direito à remuneração aos titulares de direitos de autor, por força do limite imposto, resultado do uso privado, ao exclusivo autoral; esta investigação não irá debruçar-se profundamente, até porque este não é o seu objetivo, sobre este problema⁸²⁵.

⁸²⁴ Oliveira Ascensão chega mesmo a questionar-se sobre a atribuição duma compensação equitativa de natureza económica atribuída aos titulares de autor pela garantia da reprodução para uso privado, em pleno desenvolvimento dos mecanismos tecnológicos de comunicação e de informação. O autor ainda aponta a necessidade deste enfrentamento, a despeito da possibilidade de considerar que tais mecanismos efetivamente não correspondam à um prejuízo comercial. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 241.

⁸²⁵ Aponte-se a necessidade de fazer-se uma distinção entre as expressões “remuneração” e “compensação”; uma vez que, estas não se podem afirmar como sinônimas, a despeito de utilizadas como tal. Note-se que a expressão “remuneração equitativa” indica a assunção duma contraprestação pelo utilizador no exercício do uso privado; ou seja, corresponde ao pagamento pela fixação duma prestação obrigacional, para a aquisição dum determinado bem, direito ou vantagem. Em síntese corresponde à uma contraprestação, isto é à prestação do utilizador pelo exercício do uso privado sobre a obra protegida pelo direito de autor, cuja exploração económica pelo titular de direitos sobre a mesma, fora obstada pela imposição de limites legais ao exclusivo temporário de exploração económica. Na senda de Pontes de Miranda, a contraprestação importa num benefício que reverte em favor duma das partes da relação jurídica contratual em contrapartida da sua prestação. MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. V, p. 218-219, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012. Comentando uma decisão de 1952 da Suprema Corte Federal Alemã, que entendeu ser o ato de gravação duma fita contendo um fonograma protegido pelo direito de autor, um ato de reprodução e não um ato de adaptação, Bernt Hugenholtz apontou que esta decisão do Tribunal Alemão admitiu que aos autores deve ser garantido um direito à remuneração equitativa por cada utilização do seu trabalho, inclusive, utilizações ocorridas em novos mecanismos tecnológicos. Assim, fazendo referência ao art. 27 (2) da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o tribunal afirmou a necessidade de reconhecer-se aos autores não somente os interesses pessoais, mas também os de natureza patrimonial, configurando-se os mesmos, num direito à uma justa recompensa pecuniária pelo exercício da sua atividade intelectual. Neste sentido, entendeu o Tribunal Alemão que aos titulares de direitos de autor, deve ser reconhecido um direito natural à receber uma remuneração equitativa. Cf. HUGENHOLTZ, Bernt. **The Story of the Tape Recorder and the History of Copyright Levies**. in: Copyright and the Challenge of the New, B. Sherman & L. Wiseman (eds.), Information Law Series, vol. 25, Alphen aan den Rijn: Kluwer Internation 2012, p. 179-196. Quanto a expressão “compensação”, esta deve ser entendida como um instrumento utilizado para reequilibrar os interesses envolvidos num mesmo espaço de liberdade para reprodução em face do uso privado, assim objetiva o mesmo compensar os titulares de direitos de autor pelo

Sem embargo, de modo a remunerar os titulares de direitos de autor, compensando-os equitativamente pela garantia do espaço de liberdade para reprodução pelo exercício do uso privado é que a Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, de modo expresso, disciplina a obrigatoriedade do pagamento desta remuneração⁸²⁶.

Note-se porém que o legislador comunitário com o fito de equilibrar as garantias atribuídas quer ao utilizador, no exercício da sua liberdade de reprodução no espaço para uso privado, quer aos titulares de direitos de autor, no exercício do exclusivo temporário de exploração económica, observa no seu considerando 35 que o pagamento desta remuneração pela compensação equitativa impõe a adoção dum juízo de proporcionalidade e razoabilidade. Pois determina a obrigatoriedade de observar-se o grau de utilização de medidas tecnológicas, determinando ainda a possibilidade de não haver pagamento algum, quando se verifique que o prejuízo sofrido fora mínimo⁸²⁷.

limite imposto ao seu exclusivo temporário de exploração económica, em face da garantia atribuída a terceiros para utilizarem privada e gratuitamente a sua expressão criativa. Cf. LÓPEZ, Juan José Marín. **La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección**. Revista de Propiedad Intelectual (pe.i.), n.º 20, p. 9-76, 2005, Bercal. Portanto, na senda desta distinção é possível afirmar que a remuneração paga aos titulares de direito autor, será independente da verificação de qualquer dano gerado ao exercício do seu exclusivo temporário de exploração económica; todavia, a compensação, a ser paga aos titulares de direito autor, dependerá sempre da constatação do dano a este exclusivo. Note-se, todavia, que esta distinção não perpassa pela redação da Diretiva Comunitária 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, nem muito menos do Código de Direito de Autor e Conexos português; sendo assim, ambas as ordens jurídicas, não fazem a exigência da verificação do dano concreto para o pagamento da remuneração.

⁸²⁶ In *verbis* leia-se o que refere a Diretiva a respeito da compensação equitativa pela cópia privada: «Art. 5.º 2. Os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução previsto no artigo 2.º nos seguintes casos: (...) b) Em relação às reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6.º, à obra ou outro material em causa;». EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁸²⁷ In *litteris* leia-se o referido considerando comunitário: «(35) Em certos casos de excepção ou limitação, os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida. Na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos. Nos casos em que os titulares dos direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à**

Mais ainda, destaque-se que o legislador comunitário, autoriza os Estados-Membros, mesmo nas situações previstas na Diretiva como facultativas para a imposição de limites por estes, à estabelecerem em face destas limitações facultativas o instrumento de compensação equitativa, ora em análise, visando a remuneração aos titulares do direito de autor em decorrência da garantia da liberdade para reproduzir atribuída ao utilizador pelo exercício do uso privado⁸²⁸.

Outrossim, a garantia da remuneração aos titulares do direito de autor em decorrência da previsão na legislação comunitária da compensação equitativa, pelos limites impostos ao exercício do exclusivo temporário de exploração econômica, não pode ser apagada ainda que em vigor relações de natureza contratuais, destinadas a assegurar esta compensação. Entretanto, esta garantia de remuneração não permanecerá internamente se a legislação nacional dum Estado-Membro, em particular, obstar, nesta hipótese, a manutenção da compensação equitativa⁸²⁹.

Ressalte-se, todavia, que vários Estados-Membros, já contavam com este instrumento de remuneração aos titulares dos direitos de autor, compensando-os equitativamente pelo não exercício do exclusivo temporário de exploração econômica, em face da liberdade para reprodução destinada ao utilizador pelo exercício do uso privado⁸³⁰. Como é óbvio, cumpre

harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁸²⁸ Transcreve-se a seguir o considerando 36, que remete a tal faculdade para os Estados-membros: «(36) Os Estados-Membros poderão prever uma compensação equitativa para os titulares dos direitos, mesmo quando apliquem as disposições facultativas relativas a exceções ou limitações, que não requeiram tal compensação.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁸²⁹ Leia-se o considerando a seguir, que refere exatamente tal determinação: «(45) As exceções e limitações referidas nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 5.º não devem, porém, obstar ao estabelecimento de relações contratuais destinadas a assegurar uma compensação equitativa aos titulares de direitos de autor e direitos conexos, desde que a legislação nacional o permita.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

⁸³⁰ Como é o caso da legislação autoral portuguesa, cuja primeira previsão era a constante no seu art. 82.º, que já havia sido introduzida pela alteração provocada pela Lei n.º 45/85, de 17.09. Mas, foi mesmo em 1998 através da alteração trazida pela Lei n.º 62/98, de 01.09 que este instrumento fora devidamente regulamentado no ordenamento jurídico autoral português. Especialmente na Alemanha, refira-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 25.05.1964, na qual este recomendou uma alteração legislativa, no sentido de introduzir-se um direito à remuneração aos titulares de autor, já que não se podia determinar por força de lei a proibição; uma vez que tal proibição, importaria na violação do direito à privacidade, resultando ainda numa norma cuja eficácia seria bastante duvidosa, pois que inviável seria o controle de fato sobre os atos de reprodução. Observe-se, que esta decisão do Tribunal Alemão, acrescenta que em face do ordenamento jurídico, vigente àquela época, a cópia privada importava numa violação ao direito de reprodução dos titulares de direito de autor. E, ainda o caso da legislação francesa, que desde 1985, conta com a previsão na sua legislação autoral do direito à remuneração pela cópia privada. Sobre maiores detalhes do desenvolvimento legislativo deste panorama comunitário em

destacar, especialmente, de que forma o legislador português introduziu esta previsão comunitária na sua estrutura normativa interna.

A Lei n.º 62/98, fora a responsável, por introduzir na legislação autoral portuguesa a compensação pelos atos de reprodução para uso privado, tendo sido esta alterada em 2004, pela Lei n.º 50, com o fim de encerrar a discussão de constitucionalidade sobre o regime desta compensação⁸³¹. Assim, é que o Código de Direito de Autor e Conexos português estabelece um sistema de compensação que é cobrado em face do comércio de qualquer mecanismo de reprodução, conforme a previsão do n.º 1, do art. 82.⁸³².

Aponte-se, que na alínea b), do n.º 1, do art. 76.º o legislador autoral português atribui ao autor uma remuneração equitativa, referindo ainda que esta mesma remuneração, deverá ser paga ao editor, se a reprodução ocorrer em ambiente analógico⁸³³. Mister, também salientar que o mesmo diploma legal, no seu art. 81.º que cuida das “Outras Utilizações” não traz nenhuma referência ao pagamento duma remuneração equitativa, nos termos do art. 76.º, ou duma compensação na linha do art. 82.º.

Porquanto, convém indagar, se na verdade não se trata de dois regimes distintos. Ou seja, se é possível a defesa dum direito à remuneração pelo ato de reprodução, devido pelo sujeito ou entidade que realiza a cópia para uso privado, dentro dos limites afixados na alínea a), do n.º 2, do art. 75.⁸³⁴; e, ainda ao recebimento duma compensação paga pelos potenciais atos de

alguns Estados-membros, vd. PEREIRA, Alexandre Dias. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v. VII, p. 329-361. Coimbra: Coimbra, 2008 e, VICENTE, Dário Moura. **Cópia Privada e Sociedade da Informação**. in Conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf>, Acesso em: 13.02.2011.

⁸³¹ Toda a discussão girou em torno de saber se a remuneração paga ao titular do direito de autor, configurava-se num imposto. Óbvio está que com a alteração introduzida pela Lei n.º 50/2004, o problema fora solucionado. Vd. para maior detalhamento do histórico desta alteração na legislação autoral portuguesa, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 247-248.

⁸³² *In verbis*: «1 – No preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, eléctricos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução das obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas, intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonógrafos e videográficos.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁸³³ Leia-se a previsão referida. «(...) b) Nos casos das alíneas a) e e) do n.º 2 do artigo anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e, no âmbito analógico, ao editor pela entidade que tiver procedido à reprodução; (...)» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

⁸³⁴ Note-se que nesta investigação já fora discutido o problema de identificar o autor material e o beneficiário do ato de reprodução; ou seja, a obrigatoriedade ou não da lei em exigir identidade entre estes sujeitos e se este

reprodução e fixação possíveis, dado a comercialização de mecanismos que facultam tais atos, conforme descrito no art. 82.º.

Cabendo, também indagar o contrário, isto é, se a previsão do art. 82.º, não se trata da concretização do direito à remuneração previsto no art. 75.º; de modo a implicar apenas a previsão dum único regime.

Observe-se que este problema apresenta-se, posto que enquanto a disciplina da alínea a), do n.º 2, do art. 75.º, determina um sujeito em concreto como responsável pelo pagamento da remuneração, configurando-se esta numa contraprestação, decorrente da autorização para a cópia privada, aqui identificada com um ato concreto de reprodução; por outro lado a previsão do art. 82.º, não faz referência à um ato concreto de reprodução, mas sim à uma generalidade de situações, decorrentes da previsão normativa do limite, por forma a manter o equilíbrio do sistema, sendo esta dirigida à uma universalidade de sujeitos, quer realizem ou não o ato de reprodução para a cópia privada⁸³⁵.

Mais ainda, saliente-se que o art. 82.º, da legislação autoral portuguesa fora regulamentado pela Lei n.º 62/98, que na antiga redação do n.º 1, do art. 3.º, determinava que o valor da quantia a ser incluída no preço de venda ao público de aparelhos e suportes virgens de fixações e reproduções, ficava a cargo, anualmente de despacho ministerial⁸³⁶. Com a alteração introduzida pela Lei n.º 50/2004⁸³⁷ que modificou a redação do n.º 1, do art. 3.º da

sujeito apenas assume a qualidade de pessoa singular. Nesta oportunidade, defendeu-se a necessidade duma interpretação lata desta previsão, de modo a admitir que terceiros concretamente realizem o ato, uma vez que a análise do limite ao exercício do exclusivo, dá-se em virtude da finalidade do uso e, não do sujeito. E, assim, também defendeu-se a possibilidade dum ente coletivo poder usufruir do regime da cópia privada reprográfica.

⁸³⁵ Este inclusive é o entendimento de Oliveira Ascensão, que advogava antes da Diretiva Comunitária 2001/29/CE existência de dois regimes, o de compensação equitativa, prevista no art. 82.º da legislação autoral portuguesa e o regime de reprodução para uso privado, previsto na alínea a), do n.º 1, do art. 76.º. Assim, no entender deste autor assumia-se o primeiro regime como «(...) uma compensação pelo uso anónimo e incontrolável de aparelhos de reprodução para além dos limites legais». ASCENSÃO, José de Oliveira. **“Compensação” em Contrapartida de Utilizações Reprográficas Indiscriminadas de Obras Protegidas**. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 211-238, v. 31 (1990), p. 211

⁸³⁶ In verbis: «1. O montante da remuneração referida no artigo anterior é anualmente fixado, em função do tipo de suporte e da duração do registo que o permite, por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura, e ouvidas as entidades referidas nos artigos 6.º e 8.º.» PORTUGAL. **Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro**. Regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181653>.

⁸³⁷ Aponte-se que no Acórdão n.º 616/2003, de 16 de Dezembro de 2003, o Tribunal Constitucional de Portugal, entendeu ter esta quantia paga pelo uso frequente de mecanismos de reprodução, a natureza de tributo, estabelecendo ainda que a sua cobrança sujeita ao regime dos impostos. Esta, fora então a razão da declaração de inconstitucionalidade, dado que em virtude do princípio da legalidade dos impostos consagrado no art. 103.º, n.º 2, do texto constitucional português, não se poderia deixar a fixação do valor da quantia paga por este uso, a cargo de despacho ministerial e por acordo, conforme as disposições dos n.ºs 1 e 2, do art. 3.º, da Lei n.º 62/98. Vd. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 616/2003**. 16 de Dezembro de 2003, publicado Diário

Lei n.º 62/98, estabeleceu-se, portanto, que o valor da quantia referida, corresponde a 3% do preço de venda, antes da aplicação do IVA⁸³⁸.

Registre-se, também que a redação do n.º 2, do art. 3.º, da Lei n.º 62/98 fora alterada pelo mesmo diploma legal, a Lei n.º 50/2004. A redação anterior determinava que o valor a ser fixado no preço de venda de outros suportes, dependeria dum acordo a celebrar entre a entidade que seria criada pelos representantes dos titulares de direitos de autor e, as entidades públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, que utilizassem habitualmente tais aparelhos, com o fito de atender a demanda do público⁸³⁹.

A atual redação deste dispositivo legal determina que em virtude do uso habitual de tais aparelhos para servir ao público, o valor do «preço de venda ao público das fotocópias de obras, electrocópias e demais suportes inclui uma remuneração correspondente a 3% do valor do preço de venda, antes da aplicação do IVA, montante que é gerido pela pessoa coletiva.»⁸⁴⁰

Curiosamente aponte-se a referência que se fazia previamente à esta alteração sobre a natureza jurídica desta quantia; havendo quem defendesse tratar-se a mesma duma remuneração pela utilização das criações tuteladas pelo direito de autor⁸⁴¹; e, outros que entendiam assumir a mesma um carácter de indenização pelos prejuízos impostos aos titulares

da República — I Série-A, n.º 62 — 13 de Março de 2004, Disponível em <<http://dre.pt/pdfgratis/2004/03/062A00.pdf>>.

⁸³⁸ Leia-se o que refere o dispositivo alterado: «Artigo 6.º Alterações à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro. Os artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, passam a ter a redacção seguinte: (...) Artigo 3.º (...) 1 - A remuneração a incluir no preço de venda ao público dos aparelhos de fixação e reprodução de obras e prestações é igual a 3% do preço de venda, antes da aplicação do IVA, estabelecido pelos respectivos fabricantes e importadores.» PORTUGAL. **Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto**. Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/2004/08/199A00/56585665.pdf>>.

⁸³⁹ *Verbis*: «2—Sempre que a utilização seja habitual e para servir o público, o preço de venda ao público das fotocópias, electrocópias e demais suportes inclui uma remuneração cujo montante é fixado por acordo entre a pessoa colectiva prevista no artigo 6.º e as entidades públicas e privadas, com ou sem fins lucrativos, que utilizem aparelhos que permitam a fixação e a reprodução de obras e prestações.» PORTUGAL. **Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro**. Regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181653>.

⁸⁴⁰ PORTUGAL. **Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto**. Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro). Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/2004/08/199A00/56585665.pdf>>.

⁸⁴¹ Conforme defendeu o Conselheiro Mário Araújo Torres, no voto vencido ao acórdão do Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 616/2003, de 16 de Dezembro de 2003, publicado Diário da República — I Série-A, n.º 62 — 13 de Março de 2004, disponível <<http://dre.pt/pdfgratis/2004/03/062A00.pdf>>, consultado aos 09.10.2008.

de direito de autor, dado os limites estabelecidos no exercício do exclusivo temporário de exploração econômica destes mesmos titulares de direito de autor⁸⁴².

Denote-se, também outros entendimentos diversos sobre a natureza jurídica desta quantia paga aos titulares de direitos de autor; uns defendiam que tal pagamento corresponderia à restituição de um enriquecimento obtido à custa alheia⁸⁴³, ou quem afirmava que este pagamento configurar-se-ia num imposto⁸⁴⁴ e, ainda quem o considerasse uma figura *suís generis*⁸⁴⁵, já que impossível a sua qualificação em quaisquer das categorias informadas.

Frise-se, que esta obrigação de remuneração compensatória, trata-se na verdade dum instrumento que vislumbra a conformação dos interesses com conteúdos e titulares diversos, que no entanto, convivem num mesmo espaço; espaço este, determinado por força de lei, como de liberdade para a prática de atos de reprodução, assentes no uso privado⁸⁴⁶.

Sem embargo, este instrumento de conformação, em boa medida, ao mesmo tempo que assegura ao titular do direito de autor uma remuneração pelo atos de reprodução da sua obra,

⁸⁴² Como entendeu REBELLO, Luiz Francisco. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado**. 3.^a ed., Lisboa: Âncora, 2002, p. 137.

⁸⁴³ Neste sentido defendeu LEITÃO, Luís Menezes. **O enriquecimento sem causa no Direito Civil. Estudo Dogmático Sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face à Contraposição Entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa**. Lisboa: Almedina, 2005.

⁸⁴⁴ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

⁸⁴⁵ Cf. VICENTE, Dário Moura. **Cópia Privada e Sociedade da Informação**. Conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Cprivada.pdf>, acesso em 09.10.2008. Todavia, após a decisão do Processo PADAWAN, o autor concluiu que o montante pago pelo utilizador em face da liberdade para uso privado, corresponde à uma «compensação por um prejuízo», assumindo, «portanto, uma função ressarcitória dos danos causados a estes em razão daquela forma de reprodução.» Acrescentando, ainda, o autor, que não se pode mais concluir na senda da lei autoral portuguesa, tratar este montante de pago duma «remuneração», nem tão-pouco dum «imposto», como entendeu o Tribunal Constitucional português, no ano de 2003. Concluindo, portanto, pela existência duma anomalia no regime da cópia privado não só na legislação autoral, como também na portuguesa, o autor salienta: «As taxas previstas nos Direitos nacionais a este respeito só podem ser cobradas quando haja motivo para presumir que os equipamentos ou suportes sobre os quais as mesmas incidem serão afectos à cópia privada, cujo ressarcimento é a sua função precípua.» vd. VICENTE, Dário Moura. **Cópia privada e compensação equitativa: reflexões sobre o acórdão Padawan do Tribunal de Justiça da União Europeia**. in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 28. Disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/COPIA_PRIVADA_E_COMPENSACAO_EQUITATIVA.pdf>.

⁸⁴⁶ Aliás, este instrumento apresenta-se como uma medida solucionadora da composição dos interesses envolvidos no problema de licitude dos atos de reprodução para uso privado, sem a prévia autorização do titular do direito de autor; e, ademais, bastante razoável e adequado para a sociedade atual, na qual o domínio dos mecanismos de informação e comunicação são fundamentais para o seu desenvolvimento.

impõe, todavia, à universalidade de sujeitos que adquiram mecanismos que facultem tais atos de reprodução, o dever de remunerar⁸⁴⁷.

Interessante, acentuar a posição diversa, sobre o tema, adotada pelo legislador alemão. A legislação alemã determinou a obrigação do pagamento da remuneração compensatória para os sujeitos que produzem e comercializam aparelhos capazes de reproduzirem obras intelectuais, ou ainda aos sujeitos que produzem e comercializam suportes adequados ao armazenamento de conteúdo intelectual protegido⁸⁴⁸.

Assim, esta obrigação de pagamento da remuneração compensatória, no caso alemão, não é atribuída nem a universalidade de sujeitos que adquiram mecanismos que facultem tais atos de reprodução, nem tão pouco aos sujeitos que reproduzem ou armazenam o conteúdo intelectual tutelado e sim aos sujeitos que produzam ou comercializam mecanismos que facultem os atos de reprodução, com sustento no uso privado.

De mais a mais, refira-se que a atual legislação autoral brasileira, não traz qualquer previsão sobre a obrigação do pagamento da remuneração compensatória, no sistema de utilizações livres que estabelece em seu art. 46. Quanto ao Anteprojeto de Reforma da legislação autoral brasileira, cumpre-se referir, que o mesmo não prevê a obrigação do pagamento desta

⁸⁴⁷ É assim que a legislação autoral alemã determina o pagamento ao autor desta remuneração compensatória em seu § 54, mas esta devida pelos produtores, comerciantes e importadores de aparelhos de reprodução e de suportes de armazenamento.

⁸⁴⁸ Conforme a redação do § 54, *in verbis*: «(1) Where the nature of a work makes it probable that it will be reproduced by the recording of broadcasts on video or audio recording mediums or by transfer from one recording medium to another in accordance with Section 53 (1) or (2), the author of the work shall be entitled to payment of equitable remuneration from the manufactures 1. of appliances; and 2. of video or audio recording mediums, that are obviously intended for the making of such reproductions, in respect of the possibility of making such reproductions that is created by the sale of the appliances and of the video or audio recording mediums. In addition to the manufacturer, any person who commercially imports or reimports such appliances or such video or audio recording mediums into the territory to which this Law applies or who deals therein shall be jointly liable. A dealer shall not be liable if he procures in one half calendar year video or audio recording mediums with less than 6,00 hours of playing time and less than 100 appliances.» Tradução livre: «Quando a natureza duma obra torna provável que ela será reproduzida pela gravação de transmissões de vídeo ou meios de gravação de áudio ou por transferência a partir de um meio de gravação para outro de acordo com o Artigo 53 (1) ou (2), o autor do trabalho terá direito ao pagamento duma remuneração equitativa da fábrica: 1. dos aparelhos, e 2. de mídias de vídeo ou áudio de gravação, que são, obviamente, destinados para a realização de tais reproduções, em relação à possibilidade de fazer tais reproduções que é criado pela venda dos aparelhos e do vídeo ou meios de gravação de áudio. Além do fabricante, qualquer pessoa que realize negócios de importação ou reimportação desses aparelhos, ou meios de gravação de áudio ou vídeo para o território de aplicação da presente lei ou que lida com tais negócios, neste território será solidariamente responsável. Não será responsável o revendedor que adquire em um ano e meio de calendário meios de gravação de áudio ou de vídeo com menos de 6,00 horas de tempo de jogo e menos de 100 aparelhos.» ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>.

remuneração compensatória pelos atos de produção e comercialização de aparelhos de reprodução e suportes de armazenamento de conteúdo intelectual⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ Mister, salientar que a proposta apresentada à consulta pública, expressamente no caput do revisado art. 46, expressamente, determinou a não obrigatoriedade do pagamento desta remuneração compensatória. E ainda, instituiu um regime próprio para o ato de reprodução reprográfico, no qual estabeleceu que todas as reproduções com finalidade comercial ou de lucro estavam submetidas ao pagamento duma retribuição. Leia-se in *verbis*: «Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos: (...)». «Capítulo IX: Da Reprografia. Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas e científicas, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, deve observar as seguintes disposições: I - A reprodução prevista no caput estará sujeita ao pagamento de uma retribuição aos titulares dos direitos autorais sobre as obras reproduzidas, salvo quando estes colocarem à disposição do público a obra, a título gratuito, na forma do parágrafo único do art. 29;» Todavia após a consulta pública e discussão no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI), fora apresentada como proposta, uma redação diversa do art. 46, que do mesmo modo não faz qualquer referência à obrigação do pagamento da remuneração compensatória. E, também alterou a redação do regime do ato de reprodução reprográfico, deixando mais claro, o conteúdo deste ato, mantendo-se a obrigatoriedade de pagamento duma retribuição pelos atos de reprodução com intuito de lucro; conforme se pode ler da transcrição in litteris da referida proposta: «Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...)» e, «Capítulo IX: Da Reprografia. Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas ou científicas que não estiverem em domínio público, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, somente poderá ser realizada mediante autorização prévia dos autores e titulares de direitos das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os represente, observadas as seguintes disposições: I - A reprodução prevista no caput estará sujeita ao pagamento de uma retribuição aos titulares dos direitos autorais sobre as obras reproduzidas, salvo quando estes colocarem à disposição do público a obra, a título gratuito, na forma do parágrafo único do art. 29; ». BRASIL. **Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais, (após a consulta pública realizada de 14/06 a 31/08/2010 e após debate no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual - GIPI)**. Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. Disponível em <<http://gpcult.org/pdf/Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%ABlica%20sobre%20o%20Texto%20do%20APL%20do%20Ministro%20Juca%20Ferreira.pdf>>, acesso em 11.02.2013. Observe-se, entretanto que nenhuma destas versões, encontram-se, na data de hoje (19.01.2014), tramitando no Congresso Nacional. A Proposta de Lei que se encontra aberta para consulta pública, no *web site* do planalto, que do mesmo modo das versões acima referidas, não faz qualquer referência ao pagamento duma remuneração compensatória. Pretende regular esta proposta o regime da cópia privada, no mesmo art. 46, definindo, especialmente, nos incisos I e II, os atos de reprodução, quer analógicos ou digitais, para uso privado. *Verbis*: «Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos: I - a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, desde que feita em um só exemplar e pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial; II - a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, quando destinada a garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade, para uso privado e não comercial;». Entretanto, retirou a proposta da introdução dum regime próprio para cópia reprográfica. BRASIL. **Projeto de lei que altera e acresce dispositivos à Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm>, acesso aos 19.01.2014. Advirta-se, a título de informação adicional, sobre o andamento das algumas alterações implementadas em 2013, na lei autoral brasileira, no que toca ao regime da gestão coletiva de direitos. Alteração realizada, através da Lei n.º 12.853, 14.08.2013, após o encerramento da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Escritório Brasileiro de Arrecadação de Direitos de Autor (ECAD). BRASIL. **Lei n.º 12.853, de 14 de agosto de 2013**. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>. A lei autoral brasileira consolidada por esta recente alteração já se encontra disponível no *web site* do planalto. Vd. BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

Em que pese a iniciativa para alterar o atual regime jurídico brasileiro de cópia privada, sem dúvidas esta opção pela não regulação duma remuneração compensatória pelos atos de reprodução para uso privado, não se apresenta como medida de boa técnica de ponderação dos interesses envolvidos.

A ausência da regulação da remuneração compensatória na legislação autoral brasileira, causa desconforto para todos os agentes envolvidos no problema. Para o autor, ressalta-se o problema da imposição de limites sem a respectiva compensação pela imposição do espaço de liberdade consagrado em lei. Para o utilizador, levanta-se o problema da legalidade sobre os atos de reprodução para uso privado em face da contrapartida social pelo exclusivo patrimonial atribuído ao autor.

Óbvio, que o tema enseja uma árdua discussão, sobre o problema de equilíbrio do sistema de utilização livre que não é de fácil solução. Entretanto, a escusa do legislador autoral brasileiro em definir a respeito da natureza e caráter do pagamento da remuneração compensatória pelo uso privado, também não resolve o problema.

Note-se que o ordenamento jurídico brasileiro, pode deixar escapar uma excelente oportunidade para a dissolução do problema. Pois, observando as discussões mais densificadas no espaço europeu, que lhe é próximo, apresentar uma técnica de conformação destes interesses, adequada ao seu regime.

Assim, a partir das recentes discussões, em especial posteriormente à decisão do Tribunal de Justiça da União Européia, promovido pela sociedade PADAWAN, em face da Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE), pode o legislador brasileiro tomar partido sobre a natureza e o caráter do pagamento da remuneração compensatória pelo uso privado, não repetindo os mesmos equívocos já identificados na Europa.

Curiosamente, vale de nota a referência à proposta de inclusão na legislação autoral brasileira do art. 88-A, que prevê a obrigatoriedade do pagamento duma retribuição concernente aos atos de reprodução reprográficos, destinados à atividade comercial ou lucrativa⁸⁵⁰. Esta

⁸⁵⁰ Destaque-se que de modo idêntico, tanto a proposta apresentada à consulta pública, como a versão da proposta apresentada após a consulta pública e discussão no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI), disciplina esta obrigação do pagamento duma retribuição, *in verbis*. «I - A reprodução prevista no caput estará sujeita ao pagamento de uma retribuição aos titulares dos direitos autorais sobre as obras reproduzidas, salvo quando estes colocarem à disposição do público a obra, a título gratuito, na forma do parágrafo único do art. 29;» BRASIL. **Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais, (após a consulta pública realizada de 14/06 a 31/08/2010 e após debate no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual - GIPI)**. Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais.

proposta consagra um regime próprio para os atos de reprodução reprográfica. Estabelecendo-se, a obrigatoriedade de pagamento duma retribuição aos titulares de direitos de autor, pelos atos de reprodução realizados por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados, com finalidade comercial ou intuito de lucro⁸⁵¹. Registre-se, no entanto, que este regime não se encontra mais expresso, na atual proposta de lei que pode ser consultada no *web site* do planalto federal⁸⁵².

Sem embargo, após a recente alteração na legislação autoral brasileira, sobre a gestão coletiva dos direitos de autor, o que se desenha, é uma reforma em pedaços. Muito, ao sabor dos consensos e acordos que o atual governo brasileiro alinha com todos os agentes envolvidos no debate da tutela autoral no Brasil.

Outrossim, muito embora, na presente investigação a perspectiva do estudo da remuneração compensatória resida, como já referido, num instrumento de conformação dos interesses com conteúdos e titulares diversos; mister ainda referir posicionamento, bastante peculiar sobre a obrigação do pagamento desta remuneração.

Este posicionamento, é defendido por quem compreende que a tutela autoral, incorpora não só a proteção ao direito de exclusivo autoral temporário de exploração econômica, mas,

Diretoria de Direitos Intelectuais. Disponível em <<http://gpcult.org/pdf/Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%BAblica%20sobre%20o%20Texto%20do%20APL%20do%20Ministro%20Juca%20Ferreira.pdf>>, acesso em 11.02.2013.

⁸⁵¹ Cumpre-se observar que o atual anteprojeto de lei para alteração da legislação autoral brasileira, foi fruto do Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais, produzido após a consulta pública realizada de 14/06 a 31/08/2010 e após debate no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI). Ademais, no dia 12/11/10 foi realizada reunião do GIPI, onde os ministérios manifestaram suas análises à proposta; tendo sido a proposta apresentada pelo Ministério da Cultura aprovada em quase sua totalidade, sofrendo apenas pequenos ajustes. BRASIL. **Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais, (após a consulta pública realizada de 14/06 a 31/08/2010 e após debate no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual - GIPI)**. Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. Disponível em <<http://gpcult.org/pdf/Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%BAblica%20sobre%20o%20Texto%20do%20APL%20do%20Ministro%20Juca%20Ferreira.pdf>>, acesso em 11.02.2013. E em 09.01.2012 este Anteprojeto foi encaminhado para a Casa Civil, e até o momento encontra-se, em conjunto com outros projetos apensos, aguardando pauta para discussão no Congresso. Vd. BRASIL. **Projeto de Lei n.º 3133/2012. Altera a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências"**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039>>. O projeto mais recente apresentado ao Congresso Nacional pode ser consultado em: BRASIL. **Projeto de Lei 4072/2012. Altera a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências" (Lei de Direito Autoral - LDA), para dispor sobre o direito autoral de obra audiovisual, a gestão coletiva de direito audiovisual, e a responsabilidade social e a transparência do escritório de arrecadação e distribuição audiovisual, e dá outras providências**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548155>>.

⁸⁵² Vd. BRASIL. **Projeto de lei que altera e acresce dispositivos à Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm>, acesso aos 19.01.2014.

também a proteção ao direito de remuneração. Tal direito de remuneração, configurar-se-ia, como um direito de crédito, cujo regramento dependeria das situações consolidadas em lei; por isso, compreendido, diversamente do simples direito de crédito, advindo das relações contratuais, cuja eficácia envolve os sujeitos que assumem prestações obrigacionais, decorrentes deste negócio jurídico contratual⁸⁵³.

Note-se que o direito de remuneração, a despeito de qualificar-se como um direito de crédito, distingue-se do direito de crédito contratual, como referido, uma vez que passível de ser exercido, contra qualquer um que realizar um ato de exploração da obra intelectual, que constitua fato gerador deste direito.

Sustente-se que para este entendimento a remuneração compensatória não se configuraria num instrumento de conformação de interesses. De sorte que se defende nesta senda que a legislação autoral, de modo geral, assumiu a regulação duma nova perspectiva para o exercício da faculdade de reprodução. Pondere-se, ademais que tal faculdade não corresponde à tutela específica do exclusivo temporário de exploração econômica⁸⁵⁴.

Ademais, frise-se, neste sentido, que o direito à remuneração encontra-se garantido nas legislações nacionais, como uma modalidade de resolução do problema de conflito de interesses, existentes num mesmo espaço, desde que verificado as suas condicionantes⁸⁵⁵.

⁸⁵³ É o que defende PORRAS, Antonio Delgado Porras. **Cláusula de reserva de Derechos de Remuneración a incluir en los Contratos de Producción de Obras Audiovisuales**. Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores - CISAC/ CJL (Comisión Jurídica y de Legislación), Sevilla, 1997.

⁸⁵⁴ Por conseguinte, para esta perspectiva, não se pode afirmar como uma oposição ao exercício do direito, nem tão pouco como o reconhecimento dum direito do utilizador. De fato esta previsão, importaria numa regulamentação das limitações já incorporadas ao ordenamento jurídico sobre a matéria. Vd. sobre o tema, CARO, Emilio de Palacios. **La negociación como necesidad. La Cópia Privada a Examen**. Madri: Ministério da Cultura, 1995.

⁸⁵⁵ Pondere-se, por exemplo, a previsão de licenças compulsórias que se encontram disciplinadas no n.º 2 do art. 11.bis., e no n.º 1, do art. 13, ambos da Convenção de Berna. Denote-se, que tais licenças, estão, também, previstas em inúmeras legislações nacionais, sendo nelas denominadas de licenças legais ou licenças obrigatórias. Leia-se os artigos referidos: «Art. 11.bis, 2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.» Tradução livre: «2) Compete às legislações dos países da União regular as condições de exercício dos direitos constantes do parágrafo 1º do presente artigo, mas tais condições só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Essas condições não poderão, em caso algum, afetar o direito moral do autor, ou o direito que lhe pertence de receber remuneração equitativa, fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.» «Art. 13, 1) Cada país de la Unión, podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que

De qualquer modo, como nesta investigação entende-se a compensação econômica como um instrumento equitativo de conformação dos interesses com conteúdos e titulares diversos, resta ainda esclarecer se esta compensação remunera o autor pelo prejuízo sofrido com a cópia para uso privado.

E, mais, cumpre-se, também no presente estudo analisar se esta remuneração na verdade, tem como objetivo a compensação pela cópia privada efetiva, ou pela mera possibilidade de realização de cópias.

3.3.1 Remuneração do autor pelo prejuízo sofrido com a cópia para uso privado

Nesta subseção, como referido acima, a tarefa a que se propõe esta pesquisa, reside em verificar, se a compensação econômica equitativa⁸⁵⁶, remunera o prejuízo sofrido pelo autor com a cópia para uso privado.

Mas, na verdade, uma tarefa inicial deve ser aqui apresentada, de modo a melhor esclarecer o surgimento desta compensação econômica na legislação autoral, quer a nível internacional, comunitário ou nacional; ou seja, indagar a quem a compensação econômica efetivamente remunera. Claramente é decifrar quem é o verdadeiro beneficiário desta remuneração advinda da previsão na legislação autoral da compensação econômica pela cópia privada.

Como, esta tarefa apresenta-se de todo preliminar, no que diz respeito à responder se a remuneração efetivamente irá compensar o autor pelo suposto prejuízo sofrido com a cópia para uso privado, é neste embate que a presente investigação agora irá debruçar-se.

Muito embora, pareça simplório decodificar quais são os interesses protegidos pela disciplina desta remuneração, criada objetivando uma compensação equitativa por forma a estabelecer

corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.» Tradução livre: « Cada país da União pode, no que lhe diz respeito, estabelecer reservas e condições relativas ao direito do autor de uma obra musical e do autor da letra cuja gravação juntamente com a obra musical já foi autorizada por este último, de autorizar a gravação sonora da referida obra musical, eventualmente com a letra; mas todas as reservas e condições desta natureza só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido e não poderão em caso algum afetar o direito que tem o autor de receber remuneração equitativa, fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.» **BERNE CONVENTION. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>.

⁸⁵⁶ Nesta subseção passa-se a utilização da expressão compensação equitativa, distinguindo esta dos direitos / faculdades remuneratórias, em substituição a expressão remuneração compensatória, utilizada na subseção anterior, já que mais próxima da realidade europeia, em particular a portuguesa.

um ambiente harmônico entre os titulares do direito de autor e os utilizadores de obras intelectuais; é aqui onde o problema apresenta-se mais conflitante.

Desde já, refira que os verdadeiros direitos de remuneração do autor, em concreto não são utilizados como um instrumento equitativo de conformação dos interesses com conteúdos e titulares diversos, ou seja, vislumbrando uma compensação equitativa⁸⁵⁷. Mas, sim, efetivamente, remunerando de fato o autor pelo seu esforço criativo, que nalgumas situações peculiares, necessita duma amplitude maior de alcance do exclusivo autoral, que vai para além das faculdades patrimoniais típicas, que concretizam a garantia do exclusivo temporário de exploração económica.

Ou seja, são as chamadas faculdades remuneratórias, que se encontram previstas em diversas previsões legais, como o direito de sequência e o direito de compensação complementar; pois que tais direitos, não se devem confundir com a imposição de limites legais, compulsórios, obrigatórios, para a salvaguarda de determinados usos, como o caso do uso privado, ora em análise. Ressalte-se, entretanto, que tais faculdades remuneratórias, ou melhor direitos remuneratórios, não se constituem como instrumentos de compensação equitativa pela garantia destes usos que limitam o exercício do exclusivo temporário de exploração económica.

Portanto, não são contrapartidas sociais, ao contrário, assumem às vestes de direitos subjetivos à uma remuneração, caracterizando-se, assim como mais uma categoria de direitos a ser incorporada à esfera jurídica do autor que podem ser exercidos autónoma e independentemente dos demais direitos⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Curiosamente, defende Vanisa Santiago que a remuneração compensatória não se fundamenta num sacrifício dum interesse particular, ou seja do autor sobre o exercício de seu exclusivo temporário de exploração económica, em face do interesse do utilizador. Entende a autora, que se trata do reconhecimento pela lei dum «novo âmbito de exercício do direito de reprodução», que se configura como uma disciplina das restrições impostas pela lei; não compreendendo, portanto, o exclusivo autoral, nem tão pouco um direito do utilizador. SANTIAGO, Vanisa. **O Direito de Remuneração - uma alternativa a ser considerada?** in Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura. Seminário “Direitos Autorais e Acesso à Cultura”. São Paulo, 27 e 28 de agosto de 2008. Mesa 6: Formas de Licenciamento. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/09/palestra_vanisa_santiago_mesa6.pdf>, consulta aos 25.01. 2012.

⁸⁵⁸ É assim que Mihály Ficsor os denomina de direitos remanescentes ou residuais. Sobre o assunto refere o autor que: «It is important to note, however, that there may be quite important differences between the various rights to remuneration from the viewpoint of their roots and their role in copyright policy. In some cases, what is involved is a limitation of an exclusive right to a right to remuneration (for example, in the case of private copying and reprographic reproduction, where in many countries the exclusive right of reproduction is limited to a mere right to remuneration); in other cases, the right itself is established as a mere right to remuneration (such as the [...] performers and/or producers of phonograms); and still in other cases, the right to remuneration is a “residual right” as mentioned above.» Tradução livre: «É importante notar, porém, que pode haver diferenças significativas entre os diversos direitos de remuneração do ponto de vista de suas raízes e do seu papel na

Entretanto, no domínio da legislação autoral espanhola há quem defenda que a regulamentação dos denominados direitos residuais, incorporam a categoria de direitos remuneratórios, cuja tarefa prevista nesta lei nacional é a de tutelar os interesses dos autores de obras audiovisuais. Tais direitos, por exemplo, no diploma espanhol, em apreço, estão ligados ao art. 87, concernentes aos direitos dos diretores, roteiristas, autores do argumento ou da adaptação. Desta sorte entende-se que na legislação autoral espanhola encontra-se previsto um direito de remuneração que se qualifica como indisponível, isto é, irrenunciável e intrasferível⁸⁵⁹.

Aponte-se que a previsão dum instrumento de remuneração decorrente dos atos de reprodução, fulcrados no uso pessoal, de acordo com o art. 9, n.º1 da Convenção de Berna, estabelece-se pois que se atribuiu ao autor a faculdade de explorar economicamente o seu direito exclusivo temporário. Assim ao autor é garantida a faculdade de autorizar a reprodução da sua obra, seja por qualquer meio ou sob qualquer forma de autorização⁸⁶⁰.

política de direitos autorais. Trata-se, em alguns casos, duma limitação de um exclusivo sobre um direito de remuneração (por exemplo, no caso de cópia privada e reprodução reprográfica, onde, em muitos países, o direito exclusivo de reprodução está limitado a um mero direito à remuneração), em outros casos, o próprio direito é estabelecido como um mero direito à remuneração (como o dos [...] artistas e / ou produtores de fonogramas), e ainda em outros casos, o direito à remuneração é um "direito residual", como acima mencionado.» FICSOR, Mihály. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2002, p. 24. Aponte-se, todavia que para esta investigação tais direitos reunidos, incorporam o que se entende por faculdades remuneratórias, que acrescidas às demais faculdades pessoais e patrimoniais, compõem a conteúdo do direito de autor. É assim que a doutrina, quanto à estrutura do direito de autor divide-se em monismo, dualismo e pluralismo. Nesta ordem de idéias vd. VIEIRA, José Alberto. **A estrutura do Direito de Autor no ordenamento jurídico português**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas. Observe-se que a estrutura do direito de autor é defendida pelos teóricos da concepção pluralista, como aquela que vai além dos direitos subjetivos de carácter pessoal e de carácter patrimonial. Assim, compreende esta concepção que o autor caracteriza-se como um sujeito de outros direitos, a acrescer os de natureza pessoal e patrimonial, os denominados direitos "remuneratórios"; são eles, os direito de sequência, de compensação suplementar e de remuneração especial do criador intelectual da obra de encomenda ou por conta de outrem). Vale dizer, portanto, para esta concepção sobre a estrutura do direito de autor que o autor concebe-se como sujeito duma pluralidade de direitos subjetivos. Nas palavras de Alexandre Dias Pereira: «Embora concordemos que a ratio legis é idêntica, estas pretensões remuneratórias, as quais seriam de acrescentar, em certos termos, as referidas em texto, não se destinam a proteger a personalidade do autor, mas antes a sua situação patrimonial. Pelo que, salvo o devido respeito, não parece que devam ser consideradas como parte integrante do direito pessoal. Tratar-se-á, antes, de pretensões remuneratórias que salvaguardam a possibilidade de participação do autor na exploração económica da obra ou nas transacções sucessivas dos direitos. Pelo que, e não obstante as diferenças específicas de regime, inclinamo-nos para os integrar na categoria das pretensões remuneratórias ou "direito de remuneração"» PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 305.

⁸⁵⁹Cf. BECKER, Jürgen. **Sistemas de remuneração da cópia privada sonora e audiovisual na Comunidade Européia**. in Comisión Jurídica y de Legislación, Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, Sevilla, 1997.

⁸⁶⁰ É o que refere o n.º 1, do art. 9.º, da Convenção de Berna «1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.» BERNE CONVENTION. **Berne Convention for the**

Some-se, à esta faculdade assegurada ao autor pela Convenção de Berna, a garantia que este instrumento internacional de proteção aos mínimos do direito de autor, estabelece quanto ao n.º 2, do mesmo dispositivo legal. Assegurando-se, portanto, às ordens jurídicas nacionais, a fixação dum conjunto de leis, adequadas à realidade local de cada país. De sorte que, se permita a concretização dos atos de reprodução, mesmo ausente a prévia autorização dos titulares de direito de autor, desde que o uso a que se destine a figura do exemplar; ou seja da cópia da obra, seja referida em lei como autorizada em face de certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra e nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor⁸⁶¹.

Obviamente, que esta excepcionalidade lançada pela Convenção de Berna, não tinha em mente a revolução dos mecanismos de informação e comunicação que hoje se encontram à disposição de todos⁸⁶². Por isso, é que este limite imposto ao direito de reprodução fora concebido levando apenas em consideração os atos de reprodução para uso pessoal, especialmente em função dos fins de investigação, aprendizagem ou conhecimento pessoal; que como é óbvio, naquela altura eram produzidos por meios bastante limitados, até mesmo artesanais, como por exemplo, produzidos à mão, ou com o auxílio de máquinas rudimentares de reprodução, como a de escrever⁸⁶³.

Por conseguinte, tais atos de reprodução não faziam eco, especialmente, no mundo editorial, porque, em princípio, através das análises dos gráficos de lucros do exercício, não havia prejuízo, especialmente às empresas editoriais⁸⁶⁴. Assim, é que em tempos de início da fixação dos limites ao direito de reprodução para uso privado, estas eram inclusive consideradas

Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>.

⁸⁶¹ Note-se, que claramente o mandamento de legislação autoral da União de Berna, determina, obediência à regra dos três passos.

⁸⁶² Na verdade, é fato que os inúmeros dispositivos tecnológicos penetraram na vida social das mais diversas organizações e sujeitos, não fazendo distinção, entre o grupo social e a condição econômica, a que pertencem, seja em qualquer ponto longínquo do globo. Foi assim, que a tecnologia da informação pelo seu grande caráter de comunicação, de formação de redes e de troca e partilha de informações, atingiu de sobremaneira os modelos padrões de delimitação do preço destes bens, que passam a ser avaliados não pela tecnologia desenvolvida que nele está inserida; mas, especialmente pela forma eficiente e ágil dos atos de compartilhamento, propiciados por esta nova rede social. Portanto, o ciclo econômico desta categoria de bens, leva em consideração a evolução tecnológica que produz. De sorte que uma nova evolução, ou o mero “alarde” duma nova evolução, automaticamente ocasiona a desvalorização do bem. Para maiores detalhes sobre esta nova forma de aquisição dos bens intelectuais, vd: NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Committee on Intellectual Property Rights in the Emerging Information Infrastructure. **The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age**. Washington, DC: The National Academies Press, 2000.

⁸⁶³ Vd. Também GANDEIMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet - Direitos Autorais das Origens à Era Digital**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

⁸⁶⁴ Cf. MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**. Toronto: University of Toronto Press, 1966, reimp. 2002.

benignas, já que não geravam prejuízos aos interesses dos titulares de direitos de autor, nem lhes impedia a normal utilização da obra. Frise-se, inclusive, que tais reproduções para uso privado, eram incentivadas por algumas empresas editoriais, que desejavam ver os seus bens intelectuais, propagados, popularizados a um nível impossível de ser alcançado, se aplicado o regime do exclusivo de forma estrita e absoluta⁸⁶⁵.

Todavia com a popularização dos novos mecanismos de reprodução, que permitiam, uma cópia, quase idêntica ao original, de forma célere e com custos extremamente inferiores, a comunidade editorial iniciou uma forte campanha, no sentido de impor freios aos limites ao exclusivo autoral, estabelecidos em face do uso privado⁸⁶⁶. Obviamente, que esta preocupação, surgiu de pronto com a invenção das máquinas de fotocópia que multiplicavam exponencialmente a possibilidade de realização de cópias fulcradas no limite do uso privado, imposto ao exclusivo autoral⁸⁶⁷.

Sem embargo, a revolução das tecnologias de informação e comunicação, propiciaram o surgimento dum ambiente com roturas idênticas às enfrentadas pelos editores com o surgimento das máquinas de fotocópia. Claro que, apenas o tempo, dirá se as roturas para o mercado editorial foram as mesmas com o surgimento dos mecanismos de reprodução e partilha de arquivos na rede.

Mas, desde já cabe a observação, que qualquer análise sobre os números apresentados pelo mercado econômico, deve ser feita com bastante apuro, sob pena de previsões errôneas e multiplicadoras de ecos. Pois, a sociedade atual, movida pela informação, faculta ao homem uma autonomia, nunca dantes imaginada⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Cf. MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**. Toronto: University of Toronto Press, 1966, reimp. 2002.

⁸⁶⁶ É neste mesmo sentido que McLuhan explica o fenómeno da multiplicação dos meios de comunicação. Para tanto, o autor desenvolve um denso estudo sobre o desenvolvimento dos meios de comunicação utilizados pela humanidade, no qual foi imprescindível destacar e distinguir as principais características dos diversos meios de comunicação utilizados pelos homens. Cf. MCLUHAN, Marshall e LAPHAM, Lewis H. **Understanding Media: The extensions of Man**, Massachusetts: MIT Press - Massachusetts Institute of Technology, 1994.

⁸⁶⁷ Aponte-se, na senda de Marshall Mc Luhan e Quentin Fiore que nesta época o homem passou a ser um editor, no início do surgimento das máquinas de fotocópias; que mesmo, rudimentares e algumas caseiras, possibilitou a multiplicação de diversas qualidades de obras, desde as obras literárias, às mídias que fixam e agregam áudio e vídeo. Cf. MCLUHAN, Marshall e FIORE, Quentim. **The medium is the message: an inventory of effects**. Nova York: Bantam Books 1967

⁸⁶⁸ Sobre o tema Peter Drucker já se indagava em 1961, sobre as mudanças que a revolução tecnológica provocaria no comportamento humano, refletindo diretamente nos seus valores. Cf. DRUCKER, Peter F. **The Technological Revolution: Notes on the Relationship of Technology, Science, and Culture**. Technology and Culture. vol. 2, n.º 4, 1961, p. 342-351.

Certo é que a discussão sobre quem é verdadeiramente remunerado pela compensação econômica, não se coloca, como já referido, no ordenamento jurídico brasileiro; uma vez que não previsto no sistema de utilização livre, disciplinado no art. 46 da sua lei autoral⁸⁶⁹.

Ademais, vale salientar que para o Tribunal de Justiça Europeu, deve-se compreender que o conceito de «compensação equitativa»⁸⁷⁰, trata-se dum conceito autônomo no âmbito do Direito da União Europeia⁸⁷¹. Assim, deve o mesmo ser interpretado de maneira uniforme por todos os Estados-membros, que tenham introduzido no seu sistema de utilização livre, uma exceção pela cópia privada.

Observe-se, ainda, que esta obrigação de interpretação uniforme, afigura-se independente da faculdade garantida aos Estados-Membros de determinar, dentro dos limites estabelecidos pela Diretriz 2001/29, «a forma, as modalidades de financiamento e de cobrança, bem como o nível dessa compensação equitativa»⁸⁷².

Neste sentido, dado esta faculdade garantida internamente aos Estados-Membros, para definir o modo e a forma da cobrança pela compensação equitativa; poderá, sem sombra de dúvidas gerar soluções distintas para o problema que ora se enfrenta. Ou seja, a depender da forma adotada internamente por cada um dos Estados-Membros, poderá vir ou não a compensação econômica efetivamente a remunerar o autor pelo prejuízo sofrido com a cópia para uso privado.

Cuidando assim, de perto do ordenamento jurídico português, vê-se que este optou, por assegurar um direito à uma compensação econômica a diversas categorias de pessoas, sejam elas, autores, artistas, produtores de fonogramas e videogramas e, editores, em face da realização de cópias incontrolláveis⁸⁷³.

⁸⁶⁹ Vale lembrar a proposta de inclusão na legislação autoral brasileira do art. 88-A, que prevê a obrigatoriedade do pagamento duma retribuição aos atos de reprodução concernentes ao regime da reprografia.

⁸⁷⁰ Previsto no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretriz Comunitária 2001/29, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

⁸⁷¹ Cf. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-467/08**. 3.ª Seção, 21.10.2010, Sociedade PADAWAN v. Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE). Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

⁸⁷² Cf. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-467/08**. 3.ª Seção, 21.10.2010, Sociedade PADAWAN v. Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE). Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

⁸⁷³ A previsão legal da compensação econômica, encontra-se no art. 76.º e no art. 82.º da legislação autoral portuguesa..

3.3.2 *Compensação pela cópia privada efetiva ou pela mera possibilidade de realizarem-se cópias*

É certo que a remuneração advinda da cópia privada intenta estabelecer um regime de compensação equitativa pelas reproduções para uso privado, em face dos direitos não exercidos pelos titulares de direitos de autor.

Como é óbvio, se a intenção é compensar o prejuízo sofrido, pelo limite imposto pela lei, cumpre-se estimar a extensão do dano sofrido; ou seja, concretamente verificar o dano que tais cópias estariam causando aos titulares de direitos de autor.

Desde já, refira que se trata duma tarefa com múltiplas possibilidades de previsões, a depender dos critérios que forem elegidos como condicionantes da caracterização da extensão do dano sofrido pelos titulares de direitos de autor⁸⁷⁴.

Por outro lado, parte da doutrina não se preocupa em delimitar a extensão do dano provocado aos legítimos interesses do autor, por forma a equilibrar esta perda com o sistema de utilização livre, pois acrecita que o direito à uma remuneração pela cópia privada reveste-se doutra natureza⁸⁷⁵.

Acredita, assim, ser esta remuneração atribuída aos titulares de direito de autor, de natureza suplementar e indireta à possibilidade de exploração econômica da criação, que estes já tenham obtido. Portanto, assumiria esta remuneração uma natureza de compensar tais titulares pela perda de rendimentos advindos da reprodução em massa de suas obras protegidas pelo direito de autor⁸⁷⁶.

De sorte que muitos são os ecos sobre a concreta relação direta entre o limite em face da cópia privada e o mecanismo de compensação econômica instituído pelo Direito da União Européia. A justificativa, para tal entendimento, parte da ideia de que a base de incidência deste

⁸⁷⁴ E, muitos foram os estudos realizados em diversos Estados, tendo sido genericamente demonstrado, ainda no ano de 1992, que 90% das cópias para uso privado foram realizadas utilizando-se aparelhos de gravação sonora de obras protegidas pelo direito de autor. Neste estudo foi constatado que 63% das pessoas consultadas haviam efetuado gravações caseiras no ano anterior, utilizando uma média de 9,5 fitas virgens por pessoa, e que a maioria delas expressou sua opinião a favor do estabelecimento de uma compensação para ressarcir aos titulares de direitos pela perda de ingressos ocasionada por essas gravações. CF. MIGLIO, Leandro Darío Rodríguez. **La Cópia Privada: o del largo camino que va de Gutemberg a Phillips o de Edison a Sony Corporation y al DAT**. Livro de Memorias - III Congresso Internacional sobre a Proteção dos Direitos Intelectuais, Santiago, OMPI/ CISAC/ Ministério de Cultura da Espanha /IIDA, 1992.

⁸⁷⁵ Como já destacado anteriormente, no item 3.3.1 desta presente investigação.

⁸⁷⁶ Cf. TRABUCO, Cláudia. **O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Em especial p. 520-539.

mecanismo de compensação económica estabelecido pela Diretriz 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, não se encontra vinculada diretamente sobre os indivíduos que realizam as reproduções para uso privado; mas sim, sobre os meios que possibilitam o ato de reprodução em massa, independentemente de levar-se em consideração uma análise sobre a fundamentação do uso a que se destina⁸⁷⁷.

Com esta mesma preocupação apontou o Tribunal de Justiça Europeu, ao observar que a compensação equitativa deve ser considerada a contrapartida pelo prejuízo sofrido pelo titular de direito de autor em razão da reprodução para uso privado. Assim, é que o cálculo do montante da remuneração a ser atribuída ao titular de direito de autor deve fulcrar-se no prejuízo sofrido por este. Somente assim, é que se poderá manter um justo equilíbrio entre o titular do direito de autor e o indivíduo que realiza a cópia para uso privado⁸⁷⁸.

Por isso é que no caso promovido pela sociedade PADAWAN, em face da Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE), decidido no Acórdão C-467/08, proferido na 3.ª Seção, em 21.10.2010, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que um sistema de taxa por cópia privada somente é compatível com o justo equilíbrio, se os equipamentos, aparelhos e suportes utilizados para o ato de reprodução, destinarem-se para a cópia privada, causando prejuízo ao titular do direito de autor.

Neste Acórdão, claramente, o Tribunal de Justiça da Europa entende que deve haver uma ligação necessária entre a aplicação da taxa por cópia privada no que respeita aos referidos equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital e o uso para fins de reprodução privada.

Mister, ainda, salientar que confrontado com esta o Tribunal de Justiça da União Europeia, viu-se obrigado a manifestar-se, portanto, sobre a aplicação da taxa por cópia privada aos equipamentos de reprodução adquiridos por empresas e profissionais para fins diferentes da cópia privada⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Cf. TRABUCO, Cláudia. **O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Em especial p. 520-539.

⁸⁷⁸ Cf. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-467/08**. 3.ª Seção, 21.10.2010, Sociedade PADAWAN v. Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE). Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

⁸⁷⁹ A proposta do Tribunal de Justiça Europeu compreendeu, na altura, que a aplicação dum sistema de compensação económica deve configurar-se equilibrado e equitativo, de modo a tutelar os diversos interesses que circundam a problemática, sejam eles interesses públicos ou privados. Observe-se, também, que o Tribunal de

A fundamentação desta decisão residiu em apontar que sobre os suportes, equipamentos ou mecanismos de reprodução adquiridos pelas empresas ou profissionais, desde que com finalidade diversa da cópia privada, não é devida a cobrança da taxa pela cópia privada⁸⁸⁰. De sorte que a utilização nestas condições de tais suportes, equipamentos ou mecanismos de reprodução, considerava-se, portanto, dentro da legalidade⁸⁸¹.

Cumpre-se observar quanto ao regime espanhol que em 22.03.2011 a Audiência Nacional⁸⁸² declarou nula a ordem ministerial⁸⁸³ que atualizava as tarifas de compensação econômica pela

Justiça Europeu defendeu a ideia de que a compensação equitativa deve ser considerada a contrapartida do prejuízo sofrido pelo autor em razão da reprodução não autorizada da sua obra protegida. Assim é que o referido juízo constituiu o critério de base para o cálculo do montante da referida compensação. Cf. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-467/08**. 3.ª Seção, 21.10.2010, Sociedade PADAWAN v. Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE). Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>. Assim é que a decisão deste Tribunal foi orientada no sentido de determinar que esta taxa cobrada pela cópia privada em Espanha não estava em conformidade com o direito da União Europeia.

⁸⁸⁰ Para além disso, o Tribunal de Justiça Europeu destacou que a diretiva exige a manutenção dum «justo equilíbrio» entre os titulares dos direitos e os utilizadores de objetos protegidos. De sorte que, em princípio, cumpre ao sujeito beneficiário deste ato de reprodução para uso privado, reparar o prejuízo, financiando a compensação que será paga ao titular do direito de autor. Frise-se, também que a compatibilidade do «justo equilíbrio» em face da manutenção dum sistema de «taxa pela cópia privada», para o o entendimento deste Tribunal, apenas é possível, quando o destino do uso dos equipamentos, aparelhos e suportes que facultam a reprodução, resida na cópia privada, que ensejou prejuízo ao titular dos direitos sobre a obra protegida. Vale dizer, portanto, que para o Tribunal de Justiça Europeu, somente se justifica a manutenção dum sistema de cobrança da «taxa pela cópia privada», quando o destino dos equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital, residir no uso privado. Ou seja, constatando-se a realização da cópia com a utilização destes mecanismos, deve-se verificar se o ato de copiar tem como escopo uma reprodução de ordem privada. Concluiu, assim, o Tribunal, ser contrário à diretiva, a cobrança indiscriminada da taxa pela cópia privada, ausente a verificação do destino do uso dos equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital, especialmente quando a aquisição destes mecanismos ocorrer por pessoas diversas das pessoas singulares. Cf. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-467/08**. 3.ª Seção, 21.10.2010, Sociedade PADAWAN v. Sociedade Geral de Autores e Editores (SGAE). Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

⁸⁸¹ Neste mesmo sentido o Tribunal Constitucional Alemão, na decisão proferida em 30.08.2010, entendeu, inclusive revisando as sentenças anteriores do Tribunal Federal de Justiça, que não se pode rechaçar de pronto a obrigação de abonar a compensação equitativa pela cópia privada sobre impressoras e computadores pessoais, para os quais se estende o regime da cópia privada e compensação equitativa também às obras de formato digital. Declarou a Suprema Corte Alemã, seguindo, inclusive, a doutrina do Tribunal de Justiça Europeu, que entende somente devidos os pagamento da compensação equitativa em decorrência dum ato de reprodução para uso privado, excluindo-se, portanto toda e qualquer aplicação ditinta da cópia privada. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. **1 BvR 1631/08**. Collecting society (Verwertungsgesellschaft) against the order of the Federal Court of Justice of 3 April 2008 - I ZR 94/05 -, the judgment of the Federal Court of Justice of 6 December 2007 - I ZR 94/05. Disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rk20100830_1bvr163108en.html>, consulta aos 15.06.2012.

⁸⁸² A Audiência Nacional configura-se num tribunal espanhol com sede em Madri, cuja jurisdição abrange todo o território de Espanha. É o que refere o art. 62 da Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgppj/cgppj/pjgenerica.html&TableName=PJINFOD OCS&DocName=dfAudienciaNacional&ContentName=dfAudienciaNacional.html&nivel1=&nivel2=&nivel3=&nivel4=>>>, acesso em 15.06.2012.

⁸⁸³ Ordem Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junho, pela qual se estabelece a relação dos equipamentos, aparelhos e suportes materiais sujeitos ao pagamento da compensação equitativa pela cópia privada, as quantidades aplicáveis a cada um deles e a distribuição entre as diferentes modalidades de reprodução. Publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, em 19.06.2008, n.º 148, p. 27842. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2008/06/19/pdfs/A27842-27844.pdf>>, acesso em 15.06.2012.

cópia privada para os mecanismos, equipamentos e suportes digitais de armazenamento. Entendeu o Tribunal Espanhol, que esta medida foi a mais adequada, em virtude da ausência de cumprimento pelo Governo de qualquer uma das etapas essenciais e inescusáveis no desenvolvimento de tais tarifas, sofrendo assim a mesma de vícios formais⁸⁸⁴.

Refira-se, que diferentemente dos atos administrativos, a norma, que regulava desde 2008 a categoria dos suportes digitais que estavam sujeitos ao pagamento da compensação equitativa, bem como, o montante de cada um deles, caracterizava-se por ser de carácter geral e abstrato; todavia, neste caso, encontrava-se direccionada à uma pluralidade anónima de destinatários⁸⁸⁵.

Oportuno, ainda destacar quanto ao regime de compensação equitativa em Espanha, que por força dessas decisões, em 31.12.2011, através do Real Decreto-Lei, que regulamentou medidas urgentes em matéria orçamentária, tributária e financeira para a correção do défice público, logo no segundo preâmbulo, das disposições gerais, deste diploma legal, deixa-se claro a supressão da compensação equitativa pela cópia privada⁸⁸⁶.

Note-se que este diploma legal, fora de plano aprovado em 30 de dezembro pelo Conselho de Ministros, modificando assim o sistema de compensação equitativa pela cópia privada. Esta nova medida do Real Decreto-Lei 20/2011, de 31 de dezembro, substitui o chamado "canon digital" pago pelos fabricantes e distribuidores de equipamentos, mídias e dispositivos que

⁸⁸⁴ Esta decisão, fora prolatada pela 3.ª Seção da Audiência Nacional em sede de julgamento do recurso n.º 704/2008, impetrado pela Associação de Internautas em face da norma PRE/1743/2008, de 18.06.2008, na qual se estabelece a relação dos equipamentos, mecanismos e suportes materiais sujeitos ao pagamento da compensação equitativa pela cópia privada, os montantes aplicáveis a cada um deles e a distribuição entre os diferentes modos de reprodução. Na verdade a Audiência Nacional entendeu que a ordem ministerial, configurava-se num regulamento executivo duma lei, e não num ato administrativo, já que apresentava vocação, para ser aplicada reiteradamente de tal modo que a sua aplicação repetida, a despeito de ser incapaz em esgotar os seus efeitos, reforçava a sua validade. ESPANHA. Audiência Nacional. 3.ª Seção. **Recurso n.º 704/2008**, de Internautas em face da norma PRE/1743/2008, de 18.06.2008. Disponível em <[http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/22.03.11%20ANContencioso%20\(704-08\)_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/22.03.11%20ANContencioso%20(704-08)_1.0.0.pdf)>, acesso em 15.06.2012.

⁸⁸⁵ Apesar dessa decisão o tribunal espanhol absteve-se de analisar o pedido de devolução dos valores já arrecadados, declarando-se incompetente para decidir pedidos desta natureza, uma vez que de cunho privado. Cf. decisão prolatada pela 3.ª Seção da Audiência Nacional em sede de julgamento do recurso n.º 704/2008, impetrado pela Associação de Internautas em face da norma PRE/1743/2008, de 18.06.2008. ESPANHA. Audiência Nacional. 3.ª Seção. **Recurso n.º 704/2008**, de Internautas em face da norma PRE/1743/2008, de 18.06.2008. Disponível em <[http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/22.03.11%20ANContencioso%20\(704-08\)_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/22.03.11%20ANContencioso%20(704-08)_1.0.0.pdf)>, acesso em 15.06.2012.

⁸⁸⁶ Como se lê *in verbis*: «Se procede a la supresión de la compensación equitativa por copia privada, que será sustituida por un pago a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, cuyo procedimiento se desarrollará reglamentariamente.» Tradução livre: «Procede-se à supressão da justa compensação pela cópia privada, que será substituída por um pagamento a cargo do Orçamento Geral do Estado, cujo processo será regulamentado.» ESPANHA. **Real Decreto-lei 20/2011, de 30 de dezembro, de medidas urgentes en materia orçamentária, tributária e financeira para a correção do défice público**, publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, n.º 315, Sábado 31.12.2011, sec. I, p. 146574. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20638.pdf>>.

permitem a cópia privada de obras protegidas pelos direitos de autor, para uma compensação a ser paga pelo Orçamento do Estado. É assim, que desde 01.01.2012 a indústria de tecnologia em Espanha, já não mais se enquadra na lei como a devedora desta compensação para os titulares de direitos de autor

Refira-se, que a alteração provocada por este diploma legal, estabeleceu nas disposições adicionais do seu n.º 10, que se modificou o regime de compensação equitativa pela cópia privada, na verdade, suprimindo-o, deixando assim de ter aplicação o art. 25 do texto consolidado da Lei de Propriedade Intelectual⁸⁸⁷.

Saliente-se, que nesta mesma reunião de Conselho de Ministros, aprovou-se também o Real Decreto 1889/2011⁸⁸⁸, que regulamentou o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual, previsto na disposição final 43, n.º 4, da Lei 2/2011, de 4 de março, denominada Lei de Economia Sustentável⁸⁸⁹. Refira-se que esta disposição, na verdade, introduziu uma alteração no art. 158 do texto compilado da Lei de Propriedade Intelectual, aprovado pelo Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, estabelecendo um conjunto de medidas para combater o uso não autorizado na *world wide web* das obras protegidas por direitos de autor, incluindo livros e revistas⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ Transcreva-se o referido dispositivo legal: «Décima. Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada. 1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley. 2. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. 3. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado.» Tradução livre: «Décima. Modificação do regime de compensação equitativa pela cópia privada. 1. Suprime-se a compensação equitativa pela cópia privada, prevista no artigo 25 do Texto Consolidado da Lei de Propriedade Intelectual, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, com os limites estabelecidos no artigo 31.2 da mesma lei. 2. O Governo estabelecerá regulamentarmente o procedimento de pagamento aos destinatários da compensação equitativa pela cópia privada a cargo do Orçamento Geral do Estado. 3. A quantia da compensação determinar-se-á tomando como base uma estimativa do prejuízo causado.» ESPANHA. **Real Decreto-lei 20/2011, de 30 de dezembro, de medidas urgentes en materia orçamentária, tributária e financeira para a correção do déficit público.** Publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, n.º 315, Sábado 31.12.2011, sec. I, p. 146574. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20638.pdf>>.

⁸⁸⁸ ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30 de dezembro, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão da Propriedade Intelectual.** Publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, n.º 315 de Sábado, 31 de dezembro de 2011, sec. I, p. 147011. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

⁸⁸⁹ ESPANHA. **Lei 2/2011, de 4 de março, de Economia Sustentável.** Publicada no BOE – Boletim Oficial do Estado, n.º. 55, Sábado 5 de março de 2011, sec. I, p. 25033. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>>.

⁸⁹⁰ Concretamente, esta lei estabeleceu um procedimento para bloquear o acesso à cópia não autorizada de obras protegidas por direitos de autor na Internet. O titular dos direitos de autor prejudicado, bem como o seu representante legal, estão autorizados a solicitar à Comissão que promova o devido processo em face do provedor de serviços na rede, que supostamente tenha violado os seus direitos, conforme o que referem os arts. 15 a 24 do Real Decreto 1889/2011.

Mas, recentemente, em 07.12.2012, através do Real Decreto 1657/2012, de 7 de dezembro, retorna-se à exigibilidade em Espanha do pagamento da compensação equitativa. Todavia, o regime de compensação, fulcra-se num pagamento que fica a cargo do Orçamento Geral do Estado e, não da verificação das perdas reais sofridas pelos titulares de direito de autor, pela autorização legal para os atos de reprodução para uso privado⁸⁹¹.

Aponte-se que a determinação deste novo regime de compensação equitativa para os atos de reprodução fulcrados no uso privado, sustenta-se em princípio nos prejuízos causados pela imposição do limite legal da cópia privada, ao exercício do exclusivo temporário de exploração econômica do autor. Ou seja, em nada distancia-se, em conteúdo, do anterior regime.

Entretanto, pondere-se que os atuais critérios objetivos para a estimativa do suposto prejuízo sofrido, de acordo com o novo regime legal espanhol, perpassam pela: fixação duma estimativa do número de cópias e o impacto destas, sobre a venda de exemplares da obra; precisão duma quantia média e a vigência dos direitos de exclusivo econômico sobre a obra intelectual; determinação do dano mínimo; aplicação de medidas tecnológicas ou o distinto impacto da vigência do limite segundo a natureza digital ou analógica das reproduções⁸⁹².

Por conseguinte, a aplicação, sem distinção, da taxa por cópia privada no que respeita a todos os tipos de equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital, incluindo na hipótese em que estes últimos são adquiridos por pessoas não singulares, para fins manifestamente estranhos ao da cópia privada, não se encontra conforme o Direito da União Europeia.

Interpretar de modo contrário, seria admitir que a remuneração atribuída aos titulares de direitos de autor em face da cópia privada, dar-se-ia também nos casos em que este uso efetiva e concretamente não se identifica; remunerando-se assim tais titulares pela mera possibilidade de realizarem-se cópias.

⁸⁹¹ ESPANHA. **Real Decreto 1657/2012, de 7 de dezembro, pelo qual se regula o procedimento de pagamento da compensação equitativa pela cópia privada a cargo do Orçamento Geral do Estado.** Publicado no BOE – Boletín Oficial del Estado n.º 295, Sábado, 8 de dezembro de 2012, sec. I., p. 84141. Disponível em < http://www.boe.es/boe_gallego/dias/2012/12/08/pdfs/BOE-A-2012-14904-G.pdf >.

⁸⁹² Aliás, estes são os critérios em parte utilizados pela Diretiva Comunitária, CE de 22.05.2001. E como se verificou esta não é a técnica jurídica mais adequada; pois, para além de incluir na mesma categoria de atos, aqueles que não se destinam ao uso privado – criando assim distorção no sistema de compensação equitativa, já que pela simples comercialização e/ou aquisição de mecanismos, equipamentos ou suportes de armazenamentos, necessariamente não se implica num ato de reprodução para uso privado, portanto, não causador de prejuízo aos reais interesses do autor – não se pode mensurar este prejuízo, através dum ato singular de reprodução para uso privado.

Sem embargo, entende a presente investigação, que é contrário ao Direito da União Européia o pagamento desta remuneração fora dos limites estabelecidos pela lei em face da efetiva cópia para o uso privado.

Ademais, pontue-se que admitir uma remuneração ao titular do direito de autor pela mera possibilidade de realizarem-se cópias, também não se reconduz numa compensação que vise a manutenção do justo equilíbrio de interesses. Violando-se, assim, inclusive os direitos garantidos constitucionalmente ao utilizador da obra intelectual.

Note-se, especialmente que a previsão nos ordenamentos jurídicos internos deste instrumento de compensação económica, deve tomar em atenção a sua delimitação. Este cuidado, prende-se com o fato de que este instrumento de equilíbrio do sistema, deve ser compreendido como uma contrapartida pelo efetivo prejuízo sofrido pelo titular de direito de autor em razão da reprodução para uso privado.

É neste sentido que cabe questionar como calcular este efetivo prejuízo sofrido pelo titular de direito de autor em razão da reprodução para uso privado. Desde já, aponte-se, que não se pode entender como um efetivo prejuízo ao titular de direito de autor a realização dum único ato de reprodução. Este, somente, pode ser identificado à luz do resultado do cálculo em face de todas as utilizações que se realizem numa única obra, com o fundamento do uso privado.

E como já antecipado em linhas acima este cálculo não é de fácil mensuração, em razão da impossibilidade dum controle efetivo, dentro dos limites da lei, sobre todos os atos individuais de reprodução para o uso privado⁸⁹³.

Sem embargo, entende a presente investigação que a obrigação de se atribuir uma remuneração equitativa ao titular do direito de autor, vislumbra uma técnica jurídica de boa e salutar medida, para a conformação dos interesses diversos em causa.

Assim, é que em razão da impossibilidade dum controle efetivo, dentro dos limites da lei, que faculte o cálculo do prejuízo sofrido pelo autor, entende esta investigação que a remuneração configura-se não como uma compensação pela cópia privada efetiva, mas sim pela mera

⁸⁹³ José Alberto Vieira vai mais além e esclarece que as razões da ligação do exercício dos limites previstos na n.º 2, do art. 75.º da legislação autoral portuguesa, com os dispositivos de compensação financeira do titular do direito de autor (vd. alíneas «b» a «d», do art. 76.º), vão para além do regime da cópia privada no que toca ao uso privado. De sorte que o autor, vislumbra uma ligação que se assenta na perseguição de claros objetivos de política cultural, educacional ou outros, que venha a limitar a remuneração financeira do titular do direito de autor, com reflexos na exploração comercial da sua obra. Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

possibilidade de realizarem-se cópias. Impondo-se à universalidade de sujeitos que adquiram mecanismos que facultem tais atos de reprodução o dever de remunerar.

PARTE IV - A NATUREZA DA CÓPIA PARA USO PRIVADO E OS MECANISMOS TECNOLÓGICOS PARA O SEU CONTROLE

Nesta parte da investigação ora em curso, tentar-se-á decifrar quais são os fundamentos da cópia privada. Aponte-se, desde já, que a preocupação do estudo, nesta parte em específico, reside também em identificar qual a natureza jurídica da cópia destinada ao uso privado.

De sorte que, para compreender qual a natureza jurídica deste instituto, faz-se necessário indagar-se se a cópia privada configura-se como um limite ou uma exceção ao direito de autor. Ou mesmo, verificar a possibilidade de defender-se um direito à cópia privada.

Outrossim, cabe nesta parte estudar também quais as interferências, bem como os reflexos jurídicos do exercício da garantia da cópia privada em face dalguns limites externos ao direito de autor. Claro está que previamente a este enfrentamento será pesquisado a viabilidade da fixação de tais limites externos ao direito de autor.

Ademais, o estudo dos dispositivos tecnológicos de proteção apresenta-se de fundamental importância neste momento da investigação na medida em que é tempo de se investigar se é razoável o controle realizado por estes dispositivos sobre as utilizações da obra protegida. Por isso, o mais importante, neste tema, é verificar se o ato de controle, estabelecendo a imposição de barreiras físicas aos atos de reprodução, mesmo àqueles considerados de utilização passiva das obras, apresenta-se razoável.

Destaque-se, que os ordenamentos jurídicos nacionais do sistema jurídico europeu continental⁸⁹⁴, expressamente, estabeleceram a previsão de certos casos em especial, nos quais se permite, desde que sob determinadas circunstâncias a utilização da obra protegida pelo direito de autor sem a recolha de prévia autorização do seu titular e ainda sem o pagamento duma remuneração por tal utilização⁸⁹⁵.

Tais casos de limitações ou exceções ao direito de autor constituem-se em verdadeiras restrições ao pleno exercício do exclusivo de reprodução pelo seu autor ou pelos titulares de faculdades patrimoniais do direito de autor sobre a obra protegida.

⁸⁹⁴ Contrariamente ao que se encontra estabelecido no sistema jurídico anglo-saxão, no qual o estabelecimento das limitações ou exceções, encontra-se determinado pelo conceito de «fair use», ou seja, de uso razoável. Assim, neste sistema os casos das limitações e exceções são ilimitados, pois não previstos tipicamente em lei, como no sistema jurídico europeu continental, no qual, tais casos encontram-se previstos expressamente em lei.

⁸⁹⁵ Como já referido, anteriormente, o pagamento desta remuneração tem o condão de alcançar um equilíbrio entre o direito de autor dos seus titulares, que demanda o pagamento pelo uso de suas obras e o direito da sociedade que demanda um fácil acesso aos bens culturais, de modo geral, aqueles que agregam, informação, educação, conhecimento e cultura.

Assim, estudar profundamente este fenômeno, implica em compreender que o estabelecimento da cópia destinada ao uso privado, deu-se através dum mecanismo jurídico que num primeiro momento, concebeu um sistema legal, no qual apenas era possível a realização de cópias manuais⁸⁹⁶. Ou seja, descuidando-se de certo, em momento posterior, da possibilidade do desenvolvimento tecnológico, que permitisse a realização de tais cópias, com a utilização de inúmeras tecnologias, que no mesmo espaço de tempo, tornaria possível a realização dum número maior de cópias, com qualidade igual ou até mesmo superior ao original⁸⁹⁷.

Curiosamente a legislação italiana em 1941, no seu capítulo V sobre a livre utilização, estabeleceu em seu art. 68 (4), que era livre a reprodução de obras isoladas ou de trechos de obra, para uso pessoal dos leitores, feita a mão, com a utilização de meios de reprodução impróprios para a difusão da obra entre o público em geral ou para a sua distribuição entre o mesmo⁸⁹⁸.

Esta norma tratava de impedir o que de fato ocorreu; ou seja, a cópia para uso pessoal alcançou tamanha difusão e utilização, que hoje já não se justifica mais restringir o exercício do direito de exclusivo apenas às cópias realizadas à mão⁸⁹⁹.

Frise-se que não se trata de questionar a legitimidade nesta altura dos legisladores, dum modo geral, com o fim de incentivar a pesquisa, o aprendizado e o entretenimento pessoal, entender como livre apenas a realização de cópia isolada para trabalhos individuais, ou de cópia dum pequeno trecho para uso pessoal do copista, desde que realizada à mão; posto que, como é óbvio a realização à mão de cópia não comprometia a exploração econômica dos titulares de direitos de autor sobre a obra copiada.

⁸⁹⁶ Obviamente que a realização de cópias manuais, traz consequências ínfimas, compreendendo-se como um fenômeno marginal, que não afetaria a garantia da remuneração atribuída pela lei ao autor ou aos titulares de direito de autor. É o que afirma André Lucas sobre a legislação autoral francesa. LUCAS André. **La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información**. in: Boletín de Derecho de Autor, vol. XXXII, n.º 1, ed. UNESCO, Paris, 1999. Em especial p. 8-18.

⁸⁹⁷ Como bem afirmou Desbois, em 1978, a intenção do legislador naquela altura era apenas, unicamente de tolerar os atos de reprodução, que resultassem da realização de cópias feitas à mão; excluindo-se assim as gravações magnéticas. DESBOIS, Henri. **Le droit d'auteur en France**. 3.ª ed., Paris: Dalloz, 1978.

⁸⁹⁸ Cf. VILLALBA, Carlos. **Planteamiento - Fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor- Justificación de la remuneración por copia privada (en general)**. In: Memoriais do I Congresso Interamericano de Propriedade Intelectual. Direito de autor e direitos conexos no início do ano 2000. Ministério da Cultura-OMPI-IIDA, Madrid, 1991, p. 583. Esta mesma disposição, hoje, encontra-se expressa no art. 68 da atual lei autoral italiana.

⁸⁹⁹ A despeito do nobre propósito estabelecido pela lei em causa, na prática esta restrição legal, acabou por desaparecer, graças ao surgimento das novas tecnologias de comunicação e informação.

Denote-se que esta compreensão, pode ser ainda hoje, admitida como razoável, se entendido que a prática da cópia manual, e inclusive a digitação duma obra protegida pelo direito de autor, como permitido expressamente nalgumas legislações no passado, trata-se dum ato que não prejudica intensamente o direito de exclusivo de exploração econômica da obra, pelo seu titular. Aliás, tal ato, deve ser entendido pelo direito como irrelevante, seguindo o princípio romano de *minimis lex non regit*, ou sejam o direito não se ocupa com coisas mínimas.

Certo é que na atualidade, com ressalva de situações pontuais, a cópia realizada a mão é prática incomum, e cedeu lugar a cópia realizada pelos novos mecanismos de reprodução disponíveis. De fato, hoje a reprodução para uso privado, realiza-se em grande volumes, de obras completas, utilizando-se tecnologias que permitem a multiplicação de exemplares em poucos minutos.

Ressalte-se, de certo, que a cópia para uso privado em princípio fora admitida apenas para as obras isoladas, ou para pequenos fragmentos da mesma. Hoje, muito facilmente, é possível copiar-se obras inteiras, que se encontram disponíveis à venda no mercado⁹⁰⁰.

É assim que se apresenta importante o estudo dos mecanismos de reprodução, mas especificamente das diversas modalidades de mecanismos de reprodução em ambiente digital. Na verdade, o que se pretende é enfrentar o problema da afetação da tutela do direito de autor pelos novos mecanismos digitais de reprodução, bem como a potencialidade dos mesmos, conforme referido acima. Mais ainda, cumpre-se, também estudar o fenómeno da não fixação da obra num suporte material e a multiplicação da sua potencialidade de dispersão.

Evidentemente, que o estudo dos mecanismos de partilha de arquivos apresenta-se necessário, pois através da sua utilização é possível a realização dos atos de *download* e *upload* quer isolada ou conjuntamente. Note-se desde já que estes atos são realizados em linha e ao menos visualmente o mecanismo do suporte físico é dispensado. De sorte que cabe nesta investigação a análise da afetação da tutela do direito de autor, por estes atos realizados através de mecanismos de compartilhamento de arquivos em linha. E ainda o estudo das medidas adotadas como resposta gradual por diversos Estados; por isso, necessário faz-se a ponderação sobre a adequação jurídica destas medidas.

⁹⁰⁰ Lipszyc, define a cópia privada como a reprodução de um único exemplar, de breves fragmentos ou de determinadas obras isoladas protegidas pelo direito de autor, incluídas num único volume, exclusivamente para pessoal do copista, como por exemplo para o seu estudo, ou ensino. LIPSZYC, Delia. **Manual de derecho de Autor y Derechos Conexos**. UNESCO/CERLALC//ZAVALLÁ, Buenos Aires, 1993, p. 222.

Sem embargo, diversas são as leis nacionais que estabelecem como elementos constitutivos da cópia para uso privado, que esta tenha sido realizada através da reprodução dum único exemplar; para uso pessoal do copista; que não seja objeto de utilização coletiva; que não se destine a fins lucrativos; que seja realizada e obtida pelo próprio copista; que não se trate de programas de computador, obras arquitetônicas ou obras de arte plástica em geral.

Neste caso, apenas considerar-se-á livre o ato de cópia que no seu conteúdo integre todos esses elementos, não escapando às suas especificidades, que nos regimes jurídicos de raiz continental encontram-se assim estabelecidos expressamente⁹⁰¹.

Sem embargo, a cópia privada apresenta-se hoje como um dos grandes problemas jurídicos a serem enfrentados em matéria de direitos de autor pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Num primeiro momento, no que toca de perto à escolha do melhor enquadramento de proteção jurídica da obra, que se caracteriza pela sua natureza incomum, resultado do intelecto criativo humano. Num segundo momento, ao nível da proteção escolhida juridicamente; uma vez que em jogo estão interesses diversos, que necessitam de harmonização⁹⁰².

Convém ainda, assinalar a importância de se verificar o conteúdo da proteção conferida à cópia privada, dado que este mecanismo apresenta-se como um problema a ser solucionado pelos diversos titulares de direito.

Para os titulares de direitos de autor, importante é saber qual a delimitação do campo de atuação do seu exclusivo económico de exploração. Assim, como o é para os titulares de direitos outros, em face da garantia constitucional atribuída aos autores e demais titulares de direitos de autor, importante é desenhar a linha fronteira entre os vários direitos de natureza e titularidade diversa.

De qualquer sorte, a justificativa para as exceções estabelecidas pela lei ao exercício das faculdades patrimoniais do direito de autor, podem ser observadas no conteúdo da proteção

⁹⁰¹ Com estas particularidades pode-se citar, as legislações dos Estados que compõem a América Latina. São, por exemplo, desta natureza a legislação autoral brasileira, a colombiana, a costarrriquenha, a de El Salvador, Honduras, Panamá, Peru, México e Nicarágua. A despeito da legislação autoral da Venezuela e da República Dominicana tenham estabelecido a possibilidade de estabelecer-se o direito de remuneração pela cópia privada, através de sua regulamentação, esta não tem sido aplicada nestes países, mantendo-se, também, a cópia privada, nestes países uma prática livre. Cf. TORRES, Mónica. **La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización**. Boletim Informativo n.º 26, 2001, Centro Espanhol de Direitos Reprográficos.

⁹⁰² A Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, é um exemplo típico, resultado desta tentativa de harmonização dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais ao nível da Comunidade Europeia.

dos direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à educação, difusão da cultura e da informação.

Como já estudado na segunda parte desta investigação a ponderação de interesses desta natureza faz-se à luz do conteúdo do próprio direito de autor. Não sendo, assim leviano afirmar que a proteção ao direito do autor acaba por reforçar o incentivo à criatividade, aumentando de sobremaneira a produção dos bens culturais.

Neste sentido, argumentar que a cópia privada resultaria num efeito completamente oposto, fazia todo o sentido.

Todavia, na verdade, o que se constata na análise dos números de algumas estatísticas, é exatamente o contrário⁹⁰³. Ou seja, o resultado dum regime que permite a cópia privada, é o

⁹⁰³ Os anos 90 foram representativos para a indústria fonográfica, em especial nos Estados Unidos, tendo alcançando nesta década os seus melhores resultados, muito impulsionado pela novidade tecnológica à época. Ou seja, o surgimento da mídia CD e dos aparelhos que permitiam a sua reprodução. Mas ao final desta década de 90, esta mesma indústria que havia alcançado números vertiginosos de vendas, experimentou uma queda de idêntica proporção. De acordo com a Associação Brasileira de Produtores de Discos (ABPD), durante os anos de 1995 a 2007 a redução do faturamento do setor fonográfico chegou a 50%. Registrando-se em 2006, segundo dados da Associação Antipirataria de Cinema e Música (APCM), um crescimento de 48% do comércio ilegal de obras protegidas. Entre os anos de 2005 a 2009, informou a Federação Internacional da Indústria Fonográfica (IFPI), que as vendas de discos caíram 40%. Entretanto, estes números não podem ser lidos apartadamente, sem a correspondente interação com o cenário cultural desta época, o valor dos investimentos realizados pela indústria mundial fonográfica tradicional e o surgimento das novas tecnologias de reprodução, em especial os mecanismos de compartilhamento de arquivos pela internet. De fato a indústria fonográfica tradicional no final dos anos 90 foi pega de surpresa com as novas tecnologias de compartilhamento de mídia disponibilizadas na internet. Tendo, apenas em 2003, desenvolvido mais fortemente os seus investimentos no mercado de vendas *on line* de obras protegidas, em formato MP3, propiciado pelo lançamento do *iTunes Store*, que em apenas um ano comercializou mais de 100 milhões de fonogramas, após o seu lançamento. Logo após a própria Federação Internacional da Indústria Fonográfica (IFPI) no seu relatório destacou que o número de fonogramas distribuídos através da internet, foi de 500 mil nos Estados Unidos e 275 mil na Europa. No ano de 2004 a indústria fonográfica descobriu um outro mercado de distribuição através da telefonia móvel, lançando assim os *rigstones polifônicos*, no formato MIDI, e começou a movimentar 4 bilhões dólares em todo o mercado internacional. Curiosamente, no mesmo ano de abertura do *web site The Pirat Bay*, que oferece gratuitamente aos seus utilizadores uma plataforma aberta de compartilhamento de arquivos no formato *.torrent*. No ano seguinte, em 2005, é lançado o *web site You Tube*, que disponibiliza aos seus utilizadores uma plataforma para carregamento de vídeos *on line*. Em paralelo, a indústria fonográfica tradicional neste ano de 2005, vê o seu mercado regredir em 3%; mas, em contrapartida, triplica a receita gerada pelas vendas digitais, saindo dos 380 milhões, registrados em 2004, para 1,1 bilhões de dólares em 2005. No Brasil estes números seguem a mesma lógica de queda das vendas dos fonogramas disponibilizados nos suportes tradicionais, tendo de 2000 a 2006 acumulado uma perda de 49% no volume de vendas. E, por outro lado, crescimento no volume de negócios *on line*, sendo o Brasil responsável por 11% da receita mundial. Só em 2007, no Brasil, o volume de vendas de mídia digital foi de R\$ 24,5 milhões, o que representa um crescimento de 127% para o mercado de telefonia móvel e de 1,6% para o mercado da internet. Coincidentemente, neste mesmo ano de 2007, popularizou-se um novo formato, *Full track*, para a compra de faixas completas de músicas pelo telefone móvel e, a *Amazon*, aventura-se no mercado de vendas de mídia *on line*. E, finalmente, após uma década registrando quedas nos volumes de vendas, o mercado fonográfico brasileiro tradicional, em 2008, cresce em 6,5%. Tendo, o mercado fonográfico *on line* brasileiro, neste mesmo ano de 2008, crescido em 79% o seu volume de vendas, em relação ao ano anterior. O ano de 2009, configurou-se pelas grandes parcerias no mercado de distribuição de fonogramas digitais, as mais representativas foram o *My Space Music* com a *Amazon*, a *Universal Music Group* e *Sony Music Entertainment* em parceria com o *YouTube* e o *Abu Dhabi Media Company* lançam o *VEVO* nos Estados Unidos e no Canadá. O *VEVO* nada mais é do que um negócio que segue o modelo da publicidade inserida nos vídeos e músicas

aumento ainda mais largo e franco do acesso a estes mesmos bens culturais; configurando-se assim, um dos últimos fins do direito de autor, uma vez que repousa num interesse de natureza pública permanente; qual seja, o da garantia da difusão da cultura e da informação⁹⁰⁴.

É nesta dicotomia que reside o problema ora enfrentado pela presente pesquisa, obrigando-se assim ao estabelecimento dum equilíbrio de interesses, com vistas à conformidade dos mesmos.

Claramente, na discussão em tela, pode-se afirmar que a cópia privada, representa uma autêntica falha do mercado, que surge da impossibilidade concreta e prática de controle dos atos de reprodução. Aliás este é o entendimento da maioria, mas não o único, como será de perto analisado⁹⁰⁵.

disponibilizados através do *YouTube*. Outra parceria foi a da *Warner Music* com o *YouTube*, que oferta uma experiência diferenciada através de um *player* de excelente qualidade, canais, publicidade e *links* diversos com informações sobre os seus artistas, a todos os utilizadores deste *web site* que acessam os conteúdos protegidos, de titularidade desta indústria de mídia. Todos estes dados foram resultado da consulta aos relatórios anuais publicados pela Associação Brasileira de Produtores de Discos e pela Federação Internacional da Indústria Fonográfica, que estão disponíveis nos seus respectivos *web sites*. Vd.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRODUTORES DE DISCOS. **Mercado Brasileiro de Música. Relatórios Anuais. 2003 - 2013**. Disponível em <<http://www.abpd.org.br/downloads.asp>>, acesso em 21.01.2014; FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DA INDÚSTRIA FONOGRAFICA. **IFPI Digital Music Report 2013. Engine of a digital world**. Disponível em <<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2013.pdf>>, acesso em 21.01.2014. Estes números são a prova de que os atos de reprodução para uso privado, mesmo aqueles realizados no ambiente digital, não resultaram num declínio da indústria fonográfica. Muito pelo contrário, após o susto no final da década de 90, a indústria de mídia cultural em geral, utilizando os novos mecanismos tecnológicos, foi capaz de evoluir, criando novos modelos de negócios. Aliás, estas foram as palavras do Presidente da Associação Brasileira de Produtores de Discos, Paulo Rosa, no último relatório sobre o desenvolvimento dos negócios desta indústria, publicado em 2013, leia-se: «2012 foi bastante positivo para o mercado de música gravada no Brasil. Já era esperada uma queda nas vendas de CDs e DVDs após um 2011 com crescimento, devido à performance muito acima do normal, de alguns títulos nacionais, o que não se repetiu na mesma escala no ano passado. Se observarmos friamente os números a partir de 2008, vemos que o mercado físico está de fato estável, com pequenas oscilações para mais ou para menos. Esta redução nas vendas físicas em 2012 entretanto, e pela primeira vez no Brasil, foi amplamente compensada pelo aumento de 83,1% nas receitas da área digital, o que resultou em um crescimento do total combinado “físico + digital” de 5,13% em 2012, comparado a 2011.» ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRODUTORES DE DISCOS. **Mercado Brasileiro de Música. Relatório Anual – 2013**. Disponível em <http://www.abpd.org.br/downloads/ABPD_Publicacao2013_CB_final.pdf>, acesso aos 21.01.2014.

⁹⁰⁴ A Finlândia, que disciplina o regime da cópia privada na seção 12 da sua lei autoral, prescrevendo que: «(1) Anyone may make single copies for his private use of a work that has been made public. The copies thus made may not be used for other purposes.» Ou seja: «(1) Qualquer pessoa, para o seu uso privado, pode copiar num único exemplar uma obra disponibilizada ao público. As cópias realizadas não podem ser utilizadas para outros fins.», no último relatório sobre os números da indústria fonográfica, observou-se que o volume de vendas das mídias físicas representaram 61% do montante acumulado no ano de 2012, sendo de 22% o volume de vendas das mídias digitais, do valor total, deste mesmo ano. Vd. FINLÂNDIA. **Copyright Act (Ato n.º. 404. 08.07.1961, emendado em 30.04.2010)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=208099>. FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DA INDÚSTRIA FONOGRAFICA.. **Recording Industry in Numbers. The recorded music market in 2012**. The definitive source of recorded music market data, p. 46. Disponível em <<http://www.ifpi.org/content/library/RIN-samplepage-2013.pdf>>, , acesso aos 21.01.2014.

⁹⁰⁵ Cf. LUCAS, André e LUCAS, Henri Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 3.ª ed. Paris: LITEC, 2006.

Porquanto, ao se retirar a livre negociação através da previsão da exceção, a lei autoral acaba por eliminar igualmente, ou até mesmo a reduzir, os custos da negociação, bem como os da efetivação do direito.

Ressalte-se, no entanto, que diretamente ligadas a esta impossibilidade material de controle dos atos de reprodução estão as considerações relativas à privacidade do utilizador de tais bens culturais. Posto que também estas considerações, afiguram-se como uma garantia de natureza constitucional, afirmadas por outras garantias de direito fundamental⁹⁰⁶.

Outrossim, não só o direito de autor não é extensível ao gozo da obra, como essa fruição encontra seu espaço na esfera privada do utilizador, independentemente ou não de existir um ato de reprodução que a antecede, seja ele em espaço público, semi-público ou privado⁹⁰⁷.

Por isso é que, a impossibilidade material de controle sobre os atos de reprodução duma obra protegida pelo direito de autor, alcança também uma impossibilidade de natureza moral. Esclareça-se que a impossibilidade material, diz respeito à uma análise física, já que impossível o controle sobre todos os atos de reprodução que venham a existir numa dada obra tutelada pelo direito de autor.

Ademais, destaque-se ainda outros fundamentos de ordem constitucional que afirmam a necessidade do sistema autoral trazer em seu conteúdo a previsão da cópia privada; são eles, o direito à liberdade de expressão e informação e à fruição cultural⁹⁰⁸, aqui estudados como concretizadores do mais genérico direito à cultura⁹⁰⁹.

Defensável, assim é entender que o direito à cultura é fomentado pela cópia privada; especialmente nos casos em que a obra protegida pelo direito de autor, dantes encontrava-se restrita à fruição de poucos, agora resta aberta ao grande público. E não só! Fomenta-se,

⁹⁰⁶ No caso da legislação portuguesa, por exemplo, concretamente especifica-se o direito à reserva da vida privada e familiar (n.º 1, art. 26.º da Constituição da República Portuguesa) e o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º da Constituição da República Portuguesa). Vd. sobre o tema, CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra ed., 1994. Especialmente nas anotações ao art. 26.º do texto constitucional português.

⁹⁰⁷ Interessante lembrar que o problema da privacidade, especialmente no caso da cópia privada em ambiente digital, é por diversas vezes enfrentado pela Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Assim é que no seu considerando 57 a privacidade é mencionada algumas vezes em sede do direito do consumidor sobre o gozo do bem cultural. Especialmente, quando em tempos de sociedade da informação, o domínio desta é de extrema relevância para a sobrevivência das empresas que compõem um mercado económico tão dinâmico, quanto este dos bens culturais. Avalie o potencial duma organização, quando esta conhece profundamente os hábitos de consumo dos seus clientes.

⁹⁰⁸ Respectivamente n.º 1, art. 38.º e n.º 1, art. 78.º, ambos dispositivos do texto constitucional português.

⁹⁰⁹ Cf. n.º 1, art. 73.º da Constituição da República Portuguesa.

também a difusão cultural, pois abre espaço para novos criadores que agora passam a ter acesso ao bem que era restrito a um grupo muito íntimo de sujeitos.

Cumpra-se ponderar, que a manutenção dum sistema que proíbe a cópia privada não somente viola estas garantias constitucionais, geralmente que se assumem de cariz público, como também corroboram para a manutenção de monopólios neste mercado econômico cultural⁹¹⁰.

Mais ainda, aponte-se que no conceito de cópia privada são identificados três escopos tradicionais, quais sejam, o áudio, o vídeo e a reprografia. Como assim identifica a legislação autoral portuguesa e a brasileira. No caso da portuguesa observe-se a alínea a), do n.º 2, do art. 75.º, na qual se encontra a previsão sobre o regime de reprografia na sua primeira parte, e, ainda a previsão do regime da cópia privada para o áudio e o vídeo, na segunda parte deste mesmo dispositivo legal.

Frise-se, como já estudado, que o legislador autoral brasileiro utilizou uma técnica distinta para o regime da cópia privada; pois que, este, cuida indistintamente, no art. 46 quer da cópia analógica, quer da cópia digital.

Na verdade, hoje com os novos mecanismos facilitadores dos atos de reprodução esta distinção normativa apresenta a sua relevância; dado que mais célere será a realização da cópia privada digital, do que a analógica⁹¹¹. Portanto, o que implica necessariamente na distinção sobre o nível de proteção a ser conferida a cada ato de reprodução, analógico ou digital, desde que fulcrados num uso privado.

Para corroborar com estes fundamentos iniciais lançados nesta quarta parte do estudo, cumpre-se agora investigar os fundamentos da cópia privada.

⁹¹⁰ Vd. PATTERSON, Ray e LINDBERG, Stanley. **The Nature of Copyright: A law of Users' Rights**. Atenas/Londres: The University of Georgia Press, 1991.

⁹¹¹ Vd. para maiores explicações sobre a espécie de processos técnicos que podem ser considerados nesta hipótese, Díez, Ignacio Garrote Fernández. **La reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual**. Granada. Editorial Comares, 2005. O autor informa como exemplos de atos de reprodução, dentro do regime de reprografia, a cópia realizada por fax, a electrocópia ou a microcópia, aquela realizada em microfilme, que afasta as técnicas de *offset*, pois estariam estas qualificadas como espécie de cópia tipográfica e não reprográfica, ou mesmo as realizada por *scanner*, uma vez que as mesmas não são realizadas em papel, mas sim em suporte digital.

4.1 Os fundamentos da cópia privada

A cópia privada, genericamente, pode ser entendida como um limite ao direito de exclusivo do autor, pois que funciona como uma forma de promoção do equilíbrio entre os interesses dos titulares de direito de autor e os interesses dos utilizadores das obras⁹¹².

Todavia esta discussão sobre a qualidade jurídica da cópia privada admitida em lei, vem sendo discutida fortemente pela doutrina, não se tendo chegado, ainda, a um consenso geral. De relevo, aponta-se a doutrina holandesa que identifica alguns modos de qualificar os limites do direito de autor, compreendendo assim o mesmo ora como limite, ora como um direito a favor do utilizador, e ainda como uma decorrência dos direitos fundamentais dos utilizadores, ou também como uma falha do mercado⁹¹³. Neste sentido, há quem defenda ser impossível encontrar um único fundamento que justifique todas as formas de utilização livre⁹¹⁴.

Observe-se, assim, que mesmo admitindo configurar-se a cópia privada como um direito subjetivo, não se pode afirmar este com um direito absoluto. Em face das faculdades, tanto de ordem pessoal, como patrimonial, também subjetivas, atribuídas ao autor, pelo exclusivo temporário. Adotando-se, portanto, entendimento desta natureza, de igual modo far-se-á necessário o equilíbrio dos interesses envolvidos no conflito entre o direito de exclusivo autoral e o suposto direito subjetivo à cópia privada.

Por outro lado, os fundamentos da cópia privada, podem ser representados pelo seu viés economicista, retirando-se desta sorte, a sua inteira aplicação da esfera privada dos utilizadores, não se destinando o mesmo à proteção dos interesses dos consumidores. Esta compreensão reside na verdade numa impossibilidade de ordem técnica, que diz respeito a ineficácia do controle dos atos de reprodução; ou seja, trata-se duma incapacidade em aplicar as prerrogativas garantidas aos titulares de direito de autor, especialmente na esfera privada dos consumidores.

⁹¹² Cf. TRABUCO, Cláudio. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁹¹³ Tema que será melhor enfrentado na próxima seção, apresentando-se algumas soluções legislativas sobre a natureza jurídica da cópia privada.

⁹¹⁴ KOELMAN, Kamiel J. Copyright **Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** In *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, p. 603-638, n.º 6/2004.

Neste sentido, interpretando-se a cópia privada como uma falha de mercado, cabe indagar como se compreende a utilização das medidas tecnológicas de proteção⁹¹⁵. É possível afirmar-se tais medidas como um instrumento para controle dos atos de reprodução pelos consumidores⁹¹⁶? Respondendo-se, positivamente, não há como sustentar-se a natureza da cópia privada, como uma simples falha de mercado.

Saliente-se, de modo geral que as exceções encontram a sua justificação na proteção de direitos fundamentais, como o direito de acesso à informação, à fruição cultural, à educação. Restando assim, a ponderação de tais interesses com os legítimos interesses do autor da obra protegida, ao direito de autor regular.

Claro está que muito facilmente encontra-se o paralelo entre o incentivo à criatividade, a proteção destes bens intelectuais e o aumento da produção intelectual. Assim, parece ser possível a defesa de que um maior espaço de atuação livre, já que incorporado este espaço num escopo de exceção da proteção, representaria exatamente o oposto, ou seja, a redução da produção cultural; posto que a produção intelectual deixaria de ser economicamente atrativa, pois nem todos os atos de reprodução estariam incorporados no exclusivo autoral estabelecido por força de lei.

Entretanto, este argumento não pode esquecer que a garantia de acesso a esses bens intelectuais, na verdade constitui o fim último do direito de autor, assegurando, portanto, tal direito um interesse público insuplantável de difusão da cultura e da informação.

De sorte que como já defendido neste estudo, razoável parece que este enfrentamento seja resolvido pelo estabelecimento dum equilíbrio entre os diversos interesses que convivem no mesmo espaço livre de utilização. Mas, aponte-se que este equilíbrio não é de fácil alcance pela matéria que se encontra em constantes mutações sociais e tecnológicas.

⁹¹⁵ Todavia, registre-se desde já, conforme será melhor analisado em momento oportuno, nesta investigação, que tais mecanismos tecnológicos de proteção, acabam por criar um grave desequilíbrio no sistema de utilização livre. Pois que, a utilização desenfreada dos mesmos, desequilibra os interesses das esferas de proteção autoral e individual, causando uma onerosidade excessiva aos utilizadores de bens intelectuais.

⁹¹⁶ As medidas tecnológicas de proteção das obras intelectuais consistem na utilização duma série de mecanismos que permitem identificar os materiais suscetíveis de serem protegidos pelo direito de autor e que controlam os atos de utilização realizados, na tentativa de evitar perdas económicas para os titulares de direitos de exploração patrimoniais, bem como a violação dos direitos pessoais de seus autores. Cf. FERNÁNDEZ-MOLINA, José Carlos, PEIS, Eduardo. **The moral rights of authors in the age of digital information**. Journal of the American Society for Information Science and Technology, v. 52, n. 2, p. 109-117, 2001. Tais mecanismos tecnológicos de proteção são ainda denominados de ECMS (Electronic Copyright Management Systems), ERMS (Electronic Rights Management Systems) ou DRMS (Digital Rights Management Systems) e permitem a utilização de barreiras digitais, incorporando um regime típico do direito de propriedade, que faz uso das ofendículas para a tutela da propriedade imobiliária corporea. Cf. O'ROURKE, Maureen A. **Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world**. Minnesota Law Review, v. 82, n. 3, p. 609-704, 1998.

Sem embargo, registre-se que a cópia privada, mesmo em face dos recentes mecanismos tecnológicos de proteção, de fato demonstra que o mercado falhou, pois ainda se constata uma certa impossibilidade prática e jurídica de controle dos atos de reprodução para uso privado⁹¹⁷.

Note-se que a impossibilidade prática decorre da simples ineficácia de qualquer método de fiscalização e controle sobre cada um dos atos de reprodução para uso privado. Cite-se, como exemplo, os custos e operação que os órgãos de gestão coletiva de direitos de autor teriam que movimentar para simplesmente controlar, mesmo que apenas localmente, os atos de reprodução realizados pelos serviços de fotocópias por máquinas copiadoras⁹¹⁸.

Por outro lado, mesmo que hipoteticamente, a simples utilização de mecanismos tecnológicos de proteção, seja capaz de ultrapassar este escopo prático, outros problemas de ordem jurídica apresentam-se. Como por exemplo, o direito à reserva da privacidade e da intimidade do utilizador, que eventualmente poderá ser violado com a imposição destes mecanismos. Ou mesmo, quando a previsão de tais mecanismos, acabem por impedir o utilizador de realiza de atos legítimos de reprodução da obra protegida.

Vale ressaltar, com maior densificação a análise sobre a impossibilidade jurídica de controle dos atos individuais de reprodução; posto que aqui se atinge a esfera da privacidade do utilizador, cuja tutela constitucional, protege o utilizador contra qualquer ato violador deste bem da personalidade⁹¹⁹.

De mais a mais, cumpre lembrar que o direito de autor não é extensível ao mero gozo da obra, alíás essa fruição também se destaca na esfera privada do utilizador, independentemente de existir ou não um ato de reprodução que antecede este ato, ou mesmo que este ato de fruição ocorra em espaço público, semi-público ou privado⁹²⁰.

Outrossim, na esfera constitucional há que perquerir sobre a potencialidade do exercício deste controle violar direitos de natureza fundamental, como o direito à liberdade de expressão e

⁹¹⁷ André Lucas entende a cópia privada assumir esta natureza de falha do mercado. LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 3.^a ed., Paris: Litec, 2006, p. 268.

⁹¹⁸ Mais ainda, destaque-se que esse argumento de ordem econômica, ou seja a atribuição dum direito privativo, não resolveria o alto custo que os titulares de direito de autor deveriam investir, caso pretendessem exercer o exclusivo de exploração econômica sobre todos os atos de reprodução.

⁹¹⁹ Esta tutela constitucional pode ser encontrada não só na Carta Magna brasileiro em seu art. 5.^o, como também no texto constitucional português, no n.º 1, do seu art. 26.^o.

⁹²⁰ Sobre o assunto vd. as anotações ao art. 28.^o do texto constitucional português realizadas in CANOTINLHO, José Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

informação e à fruição cultural, enquanto concretização do direito à cultura que lhe é mais genérico⁹²¹.

Frise-se, porém, nesta linha de ideias que a cópia privada permite a difusão cultural, mesmo que a obra seja gozada por um círculo íntimo de beneficiários; franqueando-se, assim, o acesso a bens culturais por parte de outros sujeitos que não o próprio adquirente da obra. Aponte-se, que o interesse do autor ainda mantém-se, neste caso, acima dum nível protecionista, haja vista, que estes terceiros farão obrigatoriamente uso da obra, dentro dum círculo íntimo próprio do adquirente.

Não se deve também esquecer que a cópia privada fomenta a fruição cultural, mediante a potencialidade de usos criados para os futuros autores que inspirados numa obra intelectual em particular, acresçam conteúdo criativo, multiplicando assim os efeitos da fruição do bem cultural.

Óbvio está que esta multiplicação dos efeitos da fruição cultural gerada pela cópia privada, facilita de sobremaneira o surgimento de obras novas, futuras; posto que reduzido estaria o tempo e os custos da inspiração. Desta sorte, fomenta-se a criação de bens culturais disponíveis para a sociedade, perseguindo-se, concretamente, a efetivação do interesse público, *ultima ratio*, do direito de autor.

Quanto ao direito de acesso à informação, vale referir que este vem assumindo um papel de relevo na sociedade da informação, vocacionada para a garantia de acesso amplo às informações, especialmente para aquelas que circulam em rede. Nesta ordem de ideias, cumpr-se investigar se o exclusivo autoral cria algum obstáculo para o exercício desta garantia constitucional, obstando assim a concretização dum equilíbrio que se apresenta razoável e desejável, na ponderação de interesses conflitantes.

Para além disso, cumpre-se também estudar se a cópia privada representa um mecanismo legal eficaz no combate a estes obstáculos, concretizando a garantia de acesso à informação, bem como, veiculando-a indistintamente, em toda a sociedade⁹²².

⁹²¹ Em seção própria, já estudada, na segunda parte desta investigação procedeu-se à esta análise constitucional. Entretanto, cabe agora, lembrar que diferentemente do texto constitucional brasileiro, o português apresenta expressamente a previsão do direito à fruição cultural, disposta no n.º 1, do art. 78.º.

⁹²² Claro está que razões de ordem de segurança pública, bem como de outros interesses, também de ordem pública, poderão vir a obstar a circulação da informação de modo indistinto à toda a sociedade. Como por exemplo, na informação privilegiada obtida pelas autoridades policiais e de investigação, no deslinde dum ilícito.

Refira-se, ainda que o direito à liberdade de informação configura-se como uma das faces da liberdade de expressão, tendo em vista que este compreende não somente o direito de receber, como também o direito de transmitir a informação. Aponte-se, que este direito é reconhecido em inúmeras esferas de regulamentação, inclusive, a nível internacional, como na hipótese do sistema universal de proteção dos direitos do homem, estampado na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹²³, e ainda nalguns sistemas regionais de proteção de direitos do homem como na Convenção Européia de Direitos do Homem⁹²⁴ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹²⁵.

Cumpre-se, salientar que todos estes instrumentos internacionais regulam a previsão de limites para o exclusivo autoral. O que implica necessariamente em apresentar-se como um direito não absoluto⁹²⁶, comportando limites, com o fim de estabelecer-se um equilíbrio razoável entre os diversos interesses envolvidos⁹²⁷.

⁹²³ Conforme a previsão do seu art. 19.º que expressamente dispõe: «Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteiras, informações ou ideias, por qualquer meio de expressão» ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

⁹²⁴ De acordo com a disposição do n.º 1 do seu art. 10.º: «Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. (...)» EUROPA. **Convenção Européia de Direitos do Homem**. Roma, 4.11.1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

⁹²⁵ Como preleciona o art. 13 ao disciplinar a liberdade de pensamento e de expressão: «1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.» ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>.

⁹²⁶ Em linha com a previsão estampada no n.º 2, do art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que determina: «Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria». ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. E, ainda aponta para esta limitação o n.º 2, do art. 10.º, da Convenção Européia de Direitos do Homem do mesmo diploma internacional: «O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.» EUROPA. **Convenção Européia de Direitos do Homem**. Roma, 4.11.1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

⁹²⁷ Como bem destaca STAMATOPOULOU, Elsa. **Cultural Rights in International Law: Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond**. Leiden. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 17-19. Todavia, afirme-se as dúvidas existentes sobre a aplicação de tais direitos do homem na relação entre indivíduos;

Ademais, doutro modo é possível defender a garantia da liberdade de expressão sem a necessidade de recurso à clássica distinção entre a obra e a ideia que lhe precede. De sorte que a ideia, não se confunde com a exteriorização da expressão criativa, firmando-se, assim, como livre.

Cabe, neste sentido questionar se esta liberdade de ideias é suficiente para assegurar o princípio da liberdade de expressão; afastando-se, assim, os fundamentos da cópia privada do direito a liberdade de expressão. E, mais além, cumpre-se ponderar sobre a possibilidade de advogar a noção de exclusivo autoral, ameaçando esta garantia de liberdade; fazendo-se, necessário, por isso, a previsão de exceções e limites, como a cópia privada, de modo a reforçar esta garantia.

Advirta-se, contudo, que a liberdade de expressão não se apresenta desnecessária face a fundamentação das exceções ou limitações ao exclusivo autoral; melhor, concretiza-se como útil⁹²⁸.

Na verdade, a análise da cópia privada neste contexto de garantia universal do direito à liberdade de expressão apresenta-se em segundo plano, uma vez que não se trata de discutir o problema sobre o direito de transmitir a informação, mas sim o de fruir a informação obtida para fins privados.

Pondere-se ainda que o direito à liberdade de informação não se confunde com o direito de acesso gratuito à informação. Deste modo afigura-se razoável defender que o exclusivo autoral não viola a garantia da liberdade de informação⁹²⁹.

Mister, porém enfatizar o princípio n.º 4 da Declaração do Conselho da Europa sobre a liberdade de comunicação na internet⁹³⁰, que determina a propósito da remoção de barreiras a

uma vez que estes são especialmente invocados para a harmonização das relações entre o Estado e os seus cidadãos.

⁹²⁸ Sobre o tema, afirmando a dicotomia entre ideia/expressão como garantia da liberdade de expressão, vd. NIMMER, Melville B. **Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?** UCLA Law Review, v. 17, 1970, pp. 1180-1804. Para uma análise do exclusivo autoral e os direitos do homem, leia-se TOOREMANS, Paul L.C. **Copyright as a Human Right**. pp. 17-19 in TORREMANS, Paul L. C. ed. Copyright and Human Rights Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law International, 2004.

⁹²⁹ Seguindo este mesmo ponto de vista Cascón refere que a cultura não deve necessariamente ser gratuita, especialmente quando os bens culturais transformam-se em bens económicos, defendendo o autor a ideia dum capitalismo cultural. CASCÓN, Fernando Carbajo. **El pulso em torno a la copia privada**. P.E.I. Revista de Propriedad Intelectual. n.º 16, Jan-Abr./2004, pp. 9-54.

⁹³⁰ EUROPA. Conselho da Europa. Comité de Ministros. **Declaração sobre a liberdade de comunicação na internet**. Disponível em

participação dos indivíduos na sociedade da informação, a obrigatoriedade dos Estados-Membros em estimular o acesso à comunicação em rede, bem como aos seus serviços de forma não discriminatória e a preços módicos. Assim, afigura-se defensável a tese de que se pretende generalizar o acesso à informação, também no seu aspecto económico, por forma a garantir um acesso gratuito ou quase gratuito.

Saliente-se, que muitos autores referem os fundamentos constitucionais da cópia privada invocando o direito de propriedade sobre o suporte que se encontra fixado a obra intelectual⁹³¹. Nesta perspectiva, a hipótese dum utilizador encontrar-se impedido de efetuar uma cópia duma obra adquirida para o seu uso privado, resultaria na incapacidade de plena fruição da propriedade sobre a coisa.

Claro está que este argumento não pode ser juridicamente defensável, em virtude de tratarem-se a obra e o seu suporte em realidades completamente distintas, e tuteladas diversamente. Note-se assim que a aquisição da propriedade sobre o exemplar da obra, implica na impossibilidade de gozo pleno da obra; uma vez que se trata de direitos distintos a serem tutelados por sujeitos diversos. Ou seja, a titularidade do exclusivo autoral sobre a obra, enquanto bem intelectual, não se confunde com a titularidade sobre a propriedade do exemplar, que é coisa móvel. Assim, a aquisição da propriedade sobre o suporte da obra, ou sobre o exemplar não pressupõe a aquisição do exclusivo autoral.

Os principais instrumentos internacionais relativos ao direito de autor e aos direitos conexos, incluem uma norma que outorga às legislações nacionais a faculdade para estabelecer exceções ou limites aos direitos protegidos e, ao mesmo tempo, regula tais atribuições.

Dentre tais instrumentos, também, se incluem a Convenção de Berna e mais tarde o Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio⁹³²,

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Dec%282003%29FreedomCommInt_en.asp#TopOfPage>.

⁹³¹ Cf. ARISTI, Rafael Sánchez. **La Cópia Privada Digital**. in Revista de propiedad intelectual, nº 14, 2003, p. 9-40, Madri: Bercal, p. 14-15.

⁹³² Segundo Ricketson o Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio fora incorporado aos instrumentos de tutela do direito de autor «más por accidente que por designio» informando ainda o autor «no es evidente que quien se encuentre al comienzo del proceso adopte inmediatamente la prueba del criterio triple como fórmula general para las limitaciones y excepciones». Ou seja: «mais por acidente do que por destino», «não está claro que quem se encontra no início do processo adote imediatamente o triplo teste como fórmula geral para as limitações e exceções» PRICKETSON, Sam. **Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital**. Disponível em <http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=16805>, acesso aos 21.03.2013.

ambos refletidos nas convenções posteriores da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Observe-se que a nível internacional global a previsão é reforçada pela aplicação do critério triplo, também conhecido como regra tripla ou prova tripla, da regra dos três passos. Encontrando-se expressa previsão no parágrafo 2, do art. 9.º da Convenção de Berna, que reserva para as legislações dos Estados unionistas a faculdade de permitir a reprodução de obras tuteladas pelo direito de autor, em determinados casos especiais, desde que esta reprodução não afete a normal exploração da obra, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

No Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, esta mesma previsão encontra-se em seu art. 13, fixando a obrigação de todos os Estados-Membros adotarem as limitações ou exceções impostas aos direitos exclusivos em determinados casos especiais, que não atentem contra a normal exploração da obra, nem causem prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular dos direitos de autor.

Aponte-se inclusive que o art. 10 do Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual existe uma dupla referência nos seus números 1 e 2, no mesmo sentido dos instrumentos internacionais referidos acima; estabelecendo-se, portanto, a possibilidade de cada uma das partes contratantes fixarem em suas legislações nacionais, limitações ou exceções impostas aos direitos concedidos aos autores de obras literárias e artísticas em virtude de certos casos especiais.

No que se refere ao Tratado sobre a proteção das Interpretações ou Execução de Fonogramas da Organização Mundial da Propriedade Intelectual a mesma previsão encontra-se expressa no parágrafo 2, do art. 16, segundo a qual as partes contratantes devem restringir qualquer limitação ou exceção imposta aos direitos previstos no referido tratado, a determinados casos especiais.

Assim é que se estratificou na doutrina a necessidade de identificar-se as espécies de usos admitidos sobre o manto da cópia privada⁹³³, bem como, deu origem a já mencionada regra

⁹³³ Cf. RICKETSON, Sam. **Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital**. Disponível em <http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=16805>, acesso aos 21.03.2013., pp. 71ss; BENABOU, Valérie-Laure. **Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée, A propos de la vénérable décision de la Cour de Cassation dans l'affaire «Mulholland Drive»**. Juriscom.net, 20 de abril de 2006, Disponível em <<http://juriscom.net/documents/da20060420.pdf>>, acesso aos 21.03.2013;

dos três passos. Comente-se, que todavia, a despeito da adoção uniforme pelos Estados nacionais desta regra, muito ainda se discute sobre a autoridade a quem incumbe a aplicação desta norma.

Para alguns, a atribuição para anular uma exceção ou um limite previsto na legislação deve entender-se como uma prerrogativa duma autoridade pública, especialmente quando tal exceção ou limite poderia vir a causar um prejuízo desproporcional, desviando-se a sua própria finalidade⁹³⁴. Segundo esta corrente a regra dos três passos constitui o marco da legitimidade das exceções e limites que os legisladores ou o juiz, de acordo com a análise das provas, deverão ter em conta ao adotar ou aplicar as exceções ou os limites ao direito de autor e aos direitos conexos⁹³⁵.

Por outro lado, há quem defenda, em particular no que concerne à Convenção de Berna que as previsões das exceções ou limites, dirigem-se de forma inequívoca aos legisladores e não aos tribunais⁹³⁶. Do todo modo, advirta-se, que os autores são unânimes no que diz respeito ao número e ao estabelecimento de cada um dos critérios especiais, que deve satisfazer as exceções ou limitações previstas pelas legislações nacionais.

Foi assim, que a presente investigação em parte antecedente à esta analisou a noção de reprodução para uso privado em face da esfera privada de utilização, da finalidade gratuita da reprodução, da origem lícita da fonte reproduzida, do autor material da reprodução e do beneficiário da cópia, do número de cópias, e por fim, da afetação da exploração normal da obra e do prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular.

Note-se que o estudo realizado identificando as espécies de usos privado admitidos pela realização da cópia privada, ultrapassa a *ratio* do triplo critério, dispensando-se, inclusive a verificação do espaço físico no qual o uso privado é realizado.

Observe-se que a utilização da regra de três passos, para definir apenas no caso em concreto quais os usos privados autorizados, não funciona no exercício do controle individual de cada ato. Primeiro, como destacado nesta seção da presente parte da investigação, em virtude dos

GEIGER, Christophe. **Le test des étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?** Revue Lamy Droit de l'immatériel, n.º 15, Abr./2006, p. 49.

⁹³⁴ De acordo com GAUTIER, Pierre-Yves. **L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le «test des trois étapes»**, Communication - Commerce électronique, Nov./2006, p. 10.

⁹³⁵ Vd. DUSOLLIER, Séverine. **L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection**. Communication - Commerce électronique, n.º 11, Nov./2006, p. 21.

⁹³⁶ Cf. GEIGER, Christophe. **Le test des étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?** Revue Lamy Droit de l'immatériel, n.º 15, Abr./2006, p. 49.

atos de monitoramento individual representarem uma afronta às garantias consitucionais individuais de liberdade e de resguardo da intimidade. E, ainda, por força de que a afronta a qualquer um destes três critérios, não poder ser examinada pela ocorrência dum único ato de reprodução individual para uso privado, mas sim na generalidade dos usos⁹³⁷. O que já se demonstrou ser impossível fisicamente haja vista, os elevados custos de fiscalização e inviabilidade da execução da própria tarefa de monitoramento.

Esclareça-se, a propósito, que o primeiro critério de ponderação utilizado pela regra dos três passos prende-se com a necessidade de aferir-se no caso em concreto o enquadramento dos casos especiais.

Oportuno faz-se agora lembrar que no momento da transposição da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, para o ordenamento jurídico português este primeiro passo não fora vislumbrado. Esta técnica de transposição por forma alguma viola as obrigações de Portugal enquanto Estado-Membro⁹³⁸, uma vez que restou claro no texto da própria Diretiva 2001/29/CE a previsão dos casos especiais que atendem as vicissitudes do uso privado.

Assim, desta interpretação extrai-se que a previsão disposta nos instrumentos internacionais sobre este primeiro critério de ponderação da regra dos três passos, afigura-se tão-somente como uma orientação para o legislador elencar na ordem interna dos Estados a previsão das exceções ou limitações ao direito de autor.

⁹³⁷ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v. VIII, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁹³⁸ Obviamente que esta obrigação de transposição deve observar o princípio de interpretação conforme o Direito Comunitário, largamente afirmado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, que defende a obrigação dos tribunais nacionais interpretar a respectiva legislação à luz da letra e objetivo do direito comunitário. Cf. MARTINS, Patrícia Fragoso. **O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros**. Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia. São João do Estoril: Principia, 2006. A autora destaca inclusive que «O princípio da interpretação conforme e o princípio do efeito directo horizontal (os chamados efeitos indirectos das directivas) foram ainda estabelecidos, nomeadamente nos casos “Van Kolson e Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen” (acórdão de 10 de Abril de 1984, Proc. 14/83, Rec. 1984, pp. 1891) e “Marleasing, SA contra La Comercial Internationale de Alimentación, SA” (acórdão de 13 de Novembro de 1990, Proc. C-106/89, Col. I, 11, pp. 4135 ss).» Vd. MARTINS, Patrícia Fragoso. **O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros**. Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia. São João do Estoril: Principia, 2006, p. 30. Mas, refira-se que no caso da presente análise a exigência da interpretação conforme não se afigura preponderante, uma vez que a disposição do n.º 5, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE indica ao legislador nacional que cabe a este a responsabilidade sobre a escolha dos casos especiais relevantes. De sorte que nada impede o legislador nacional de conceber a esfera de cada exceção não superior à esfera dos casos especiais, sendo com esta coincidente. Nesta senda, mais facilmente alcançar-se-á uma interpretação na esteira da Diretiva 2001/29/CE e ainda o equilíbrio entre a exceção e o direito de autor. Para o efeito é suficiente a definição clara da exceção ou limite, facultando-se de modo mais prático a subsunção dos casos concretos ao tipo normativo; e, ainda, a adequação da exceção ou limite previsto na legislação nacional como especial, enfatizando de sobremaneira os seus próprios fundamentos.

Desta sorte, é forçoso concluir que o legislador comunitário não seguiu esta compreensão; posto que na previsão do n.º 5, em seu art. 5.º trata as exceções e limitações dos números antecedentes e os casos especiais como duas realidades distintas.

O que importa em considerar que o legislador comunitário não fez remissão aos casos especiais como exceções ou limitações ao direito de reprodução. Ao contrário a previsão comunitária foi no sentido de que a noção de caso especial deve configurar-se como mais um elemento condicionante da aplicação das exceções legais.

Portanto, para a Diretiva 2001/29/CE não é suficiente que se trate duma exceção ou limite é preciso ainda que esta seja compreendida como um caso especial. Naturalmente, desta compreensão aduz-se a necessidade de preenchimento dos demais critérios de ponderação da regra dos três passos⁹³⁹.

De mais a mais, a presente investigação compreende que o significado de certos casos especiais, expressão constante, de acordo com o já estudado, tanto na Diretiva 2001/29/CE, como nos instrumentos internacionais sobre a matéria, aponta para um duplo escopo. Ou seja a exceção ou limite deverá ter um âmbito de aplicação claramente definido e igualmente restrito, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo.

Desta sorte a previsão da exceção ou do limite, apenas poderá efetivar um número limitado de usos, cujo fundamento deve encontrar-se respaldado numa justificação ou num objetivo singular⁹⁴⁰.

Vale por ora frisar, que a definição da cópia sustenta-se como o exemplar da obra que reproduz fielmente o original, excluindo-se as reproduções que tão-somente repetem os elementos essenciais duma obra e realidades afins, como por exemplo o plágio. Por isso, a

⁹³⁹ Saliente-se, ademais que esta compreensão marca a tradição do sistema de cláusula aberta dos países anglo-saxônidos e ainda o *fair use* norteamericano. Sistema este diametralmente oposto ao sistema continental que conta com tipos normativos, dispostos numa lista exaustiva de exceções. Advirta-se que, mesmo no sistema continental, nada impede o uso do Poder Judiciário para estender esta lista exaustiva. Cf. SENFTLEBEN, Martin. **Towards a Horizontal Standart for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law.** HC International Review of Intellectual Property and Competition Law. v. 37, n.º 4, 2006, pp. 407-438.

⁹⁴⁰ Martin Senftleben, ainda informa que relativamente ao primeiro passo, dever-se-á preferencialmente conferir-se prioridade ao escopo qualitativo. Cf. SENFTLEBEN, Martin. **Towards a Horizontal Standart for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law.** HC International Review of Intellectual Property and Competition Law. v. 37, n.º 4, 2006, pp. 137 e ss. Todavia, não parece que esta seja a melhor forma de aplicar este procedimento; mais, ainda, quando demonstrado a ausência de apoio histórico legislativo ou jurisprudencial, neste sentido. Assim, na ausência de indicação expressa ou tácita em contrário, conferir-se-á igual peso a ambos os aspectos deste critério.

noção de cópia exclui a criação independente, por implicar aquela a reprodução duma obra preexistente.

Ademais, pondere-se que a definição de reprodução acaba por ditar a noção de cópia privada, em virtude da exceção ou limite reportar-se ao exclusivo autoral, que não se confunde com uma eventual fixação da obra, observada no caso em concreto⁹⁴¹.

De sorte que a cópia privada apresenta-se como uma realidade mais restrita do que aparenta; por isso, mister a distinção desta, no caso em concreto, com outras noções afins. Assim, é que a cópia privada, implica a ausência ou pelo menos um nível mínimo de contribuição intelectual do sujeito que antecede a produção do resultado da reprodução, ou seja da cópia.

Enquanto exemplar a cópia duma obra assume em ambiente digital contornos outros. Para esta investigação faz-se a opção por uma noção de cópia mais simples, incluindo-se assim na mesma realidade digital suportes mais simples como um CD, um disco rígido, ou mesmo um servidor utilizado como disco de armazenamento em rede e em linha.

Desde já aponte-se, inclusive como já estudado na parte três desta investigação que o legislador português, contrariamente ao brasileiro, não apresentou qualquer referência ao número de cópias para uso privado permitido. Não se identificando, portanto, a linha fronteira entre o exclusivo autoral e a possibilidade de ação da exceção ou limite pela cópia para uso privado.

Mas, de qualquer sorte, não se apresenta equivocado o legislador autoral português ao fazer esta opção de técnica legislativa; na medida em que, a exceção pela cópia privada, não se consubstancia no montante de exemplares produzidos com fulcro nesta exceção ou limite, mas sim, na qualidade do uso a que se destina a reprodução do exemplar.

Sem embargo não é a quantidade de cópias que estabelece o afastamento ou não do ato de reprodução do regime da cópia privada. Claro está que se o número for elevado, fácil será admitir uma presunção *juris tantum* de afastamento deste regime da cópia privada.

Ademais, frise-se que nesta parte do estudo, a pesquisa destina-se a esclarecer a noção de cópia privada realizada em qualquer meio, pouco importando a distinção do ambiente; ou

⁹⁴¹ Particularmente quanto a distinção entre um ato de fixação e outro de reprodução no contexto da cópia privada a autora Raquel Pérez assinala que a cópia privada limita a faculdade de reprodução e não a de fixação, ponderando que «la copia privada de una obra sólo podrá efectuarse a partir de una fijación o ejemplar de la misma» PÉREZ, Raquel Román. **Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías**. Madrid: Editroail Reus, 2003, pp. 416-417.

seja, se analógico ou digital. Todavia, observe-se que ainda nesta parte desta investigação far-se-á um adensamento sobre a noção mais específica da cópia privada realizada exclusivamente em ambiente digital, decifrando-se, assim os atos técnicos de transmissão, denominados de *download* e *upload*.

Ressalte-se, neste sentido que não há previsão legislativa, regra geral nos ordenamentos jurídicos nacionais, sobre a fonte ou origem da cópia para uso privado⁹⁴², muito menos disposição referenciando a qualidade do suporte físico a partir do que se efetua a mesma. Esta, aliás foi a técnica adotada pelo legislador português e brasileiro, não realizando qualquer referência a exigibilidade de controle sobre a origem lícita da fonte reproduzida.

Registre-se, que não se pode conceber um regime de cópia privada construindo sobre a égide de requisitos quantitativos; posto que, a natureza deste regime impõe uma preocupação com a qualidade do uso a que se destina a cópia. Assim, identificando-se a natureza privada do uso e que este se encontra expresso nas situações de exceção ou limite prevista na norma, ao menos no sistema jurídico continental, não há como negar a incidência duma justificativa ou objetivo singular para a manutenção da exceção ou limite, privilegiando-se o equilíbrio razoável de interesses que convivem num mesmo espaço de liberdade.

⁹⁴² Com exceção da referência nalgumas legislações nacionais, dado a disposição da Diretiva 2001/29/CE, exigindo a origem lícita da fonte reproduzida, que como já salientado na terceira parte desta investigação não se apresenta razoável, dado obrigar o utilizador a exercer ele o papel de polícia fiscal dos atos de reprodução fulcrados na cópia privada. Como é o caso da legislação alemã que no n.º 1 da seção 53 do seu texto legal autoral exige expressamente a legalidade da fonte, da legislação francesa, no n.º 2, do art. L122-5.

4.2 A cópia privada: direito, limite ou exceção do Direito de Autor?

Necessariamente a intenção do alcance do equilíbrio entre o direito do autor e os interesses de terceiros cada vez mais, apresenta-se como uma preocupação dos instrumentos legais internacionais, comunitários e nacionais. Claro está que este objetivo comum entre os citados dispositivos normativos configura-se num suporte lógico para a manutenção do exclusivo autoral, segundo os propósitos desenhados pela lei.

Todavia, é chegado o momento nesta investigação do enfrentamento sobre a natureza destes diversos interesses que convivem num mesmo espaço de liberdade; ou seja, a discussão repousa em saber se esta natureza radica num direito subjetivo do utilizador, se reveste uma exceção ou um limite ao exclusivo autoral.

Aponte-se, inicialmente, que até então, propositalmente, não houve uma preocupação em adotar uma designação específica, utilizando-se indistintamente as expressões limite, exceção, restrição e limitação referindo-se à cópia privada⁹⁴³. Aliás, esta também tem sido a técnica adota pelos instrumentos legais que tratam da matéria⁹⁴⁴.

De sorte que, cumpre agora nesta seção decifrar a natureza dos atos de reprodução fulcrados na cópia privada. Refira-se que o exclusivo autoral tem o condão de proceder à uma técnica de arbitragem dos interesses envolvidos no problema; isto é, entre os interesses do autor e o do público, em geral, de modo a evitar a atribuição e a consolidação do caráter absoluto aos interesses autorais. Deste modo, são levados em consideração alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à privacidade.

Mas, um problema toca de perto este dilema, que reside em saber se estes direitos constitucionalmente estabelecidos consubstanciam o fundamento da reprodução para uso privado como um direito à cópia privada no âmbito do direito de autor.

⁹⁴³ Frise-se que tanto o legislador internacional como o comunitário foram imparciais no uso destas expressões; ao tempo em que utilizaram simultaneamente os conceitos exceções e limitações. Note-se que a nível do Direito Comparado, esta também fora a medida, pois nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais o uso destas duas expressões é feito sem o devido apuro técnico jurídico. Por exemplo, na Alemanha e em Espanha preferiu-se a expressão limites; na Suécia, Grécia e nos Estados Unidos da América fala-se em limitações; na Bélgica fez-se uso do termo exceções; em França utilizam-se ambos os conceitos e em Portugal a opção fora pelo termo utilizações livres. Cf. GOMES, Paulo Jorge. **A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor**. IAC - Instituto Açoriano de Cultura, Angra do Heroísmo, 2011, p. 137.

⁹⁴⁴ Cite-se, como exemplo o Considerando 31 da Diretiva 2001/29/CE e o § 5.º do preâmbulo do Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Cumpra-se, primeiramente, considerar a distinção entre exceção ou limitação de um lado, e do outro, direitos.

Em princípio o Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, no § 5.º do seu preâmbulo, aparentemente distinguiu o plano do titular dos direitos de autor, ao qual reconhece direitos, com o plano dos utilizadores, ao qual atribui interesse público geral.

Aparentemente, não resta claro o que se entende por interesse público geral, mas se afigura razoável defender que não se trata apenas dos interesses dos utilizadores de obras protegidas e nem tão pouco dum direito destes.

Verificando, todavia, o original do texto em inglês do referido Tratado, é possível verificar que se enfatiza a necessidade dum equilíbrio entre « the rights of authors and the larger public interest »; ou seja, «do direito dos autores e o interesse do público em geral»⁹⁴⁵.

Refira-se que o interesse público mais alargado, tradução literal da expressão em inglês, implica, na verdade em afirmar que os direitos dos autores subsumem-se no interesse público geral, incluindo-se nele, sem o esgotar.

Esta observação reconduz à constatação de que a proteção dos direitos de autor, também se constitui numa questão particular de incentivo à criatividade, como forma de fomento à produção de bens culturais⁹⁴⁶. Obviamente, resultante da defesa dos direitos constitucionais de acesso à informação, à cultura e à fruição de bens culturais.

Ademais, constata-se que regra geral os ordenamentos jurídicos nacionais, como já estudado, estabelecem em face do ato de reprodução sem autorização uma remuneração compensatória ao titular do direito de autor pelo uso privado que o utilizador faz duma obra protegida e ao mesmo tempo faculta a este o benefício duma cópia efetuada com o propósito de uso privado. Logo, não é defensável que a cópia privada seja considerada um direito de *per si*, construindo-se assim, no regime da cópia privada, uma distinção entre a atribuição dum direito subjetivo e o reconhecimento dum limite ou exceção ao exclusivo autoral.

⁹⁴⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT**. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

⁹⁴⁶ Cf. REINBOTHE, Jörg, LEWINSKI, Silke. **The WIPO Treaties 1996 the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty Commentary and Legal Analysis**. Londres: Butterworths, 2002, pp. 122 e ss. E, também COOK, Trevor e BRAZEL, Lorna. **The Copyright Directive - UK Implementation**. Bristol: Jordans, 2004, p. 3.

Aliás este foi o entendimento tomado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris no acórdão *Mulholland Drive*⁹⁴⁷, tendo sido esclarecido que a intenção da lei não era a de outorga dum direito à cópia privada, mas sim afirmar as condições sobre as quais a cópia duma obra escapa ao direito exclusivo do autor de autorizar ou proibir a reprodução de suas obras. Esta decisão foi revista pela Corte de Cassação, ratificando assim o entendimento do Tribunal de Grande Instância de Paris⁹⁴⁸.

Frise-se ainda, discutindo sobre o mesmo tema, a decisão proferida pela Corte de Apelação em Bruxelas, no caso *Test Achats*⁹⁴⁹. Esta, uma fundação sem fins lucrativos que requereu ao judiciário a cessação da utilização das medidas tecnológicas que impediam a realização de atos de reprodução fulcrados no uso privado⁹⁵⁰.

A pretensão desta fundação fora indeferida ancorado-se a decisão no fundamento de que os utilizadores não são titulares de direito de autor; tendo, inclusive, a Corte afirmado que uma exceção ao direito de autor não pode ser considerada ela própria um direito de autor. De sorte

⁹⁴⁷ Nesta decisão o Tribunal de Grande Instância de Paris «the legislator did not thereby intend to confer upon anyone the right to produce a private copy of any work but set out the conditions under which the copying of a work falls outside the monopoly of its authors, consisting of the exclusive right to authorize or prohibit the reproduction of their works». Trad. Livre: «assim, o legislador não tinha a intenção de conferir a todos o direito de produzir uma cópia privada de qualquer obra, mas ao contrário, as condições sob as quais a cópia duma obra escapa ao exclusivo de seus autores, que consiste no direito exclusivo de autorizar ou proibir a reprodução de suas obras» FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Paris. 3.ª Câmara. **Mr P v. UFC (the French Federal Consumers' Union – Que Choisir)**. Decisão de 30.04.2004. Publicado in UNESCO, e-Copyright Bulletin, Abril – Junho/2004, Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/22033/11515767381ju_fr_en.pdf/ju_fr_en.pdf>, acesso aos 10.03.2013. Vd. também outra decisão deste Tribunal no mesmo sentido: FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Paris. 3.ª Câmara, 2.ª Seção. **Christophe R e UFC Que Choisir v. Warner Music France e FNAC**. Julgamento de 30.04.2004. Disponível em <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=722>, acesso aos 10.03.2013.

⁹⁴⁸ A Corte de Cassação entendeu que «que la copie privée ne constituait qu'une exception légale aux droits d'auteur et non un droit reconnu de manière absolue à l'utilisateur, retient que cette exception ne saurait être limitée alors que la législation française ne comporte aucune disposition en ce sens», ou seja «que a cópia privada configura-se apenas numa exceção legal ao direito de autor e não um direito reconhecido em termos absolutos, ao utilizador, observe-se que esta exceção não pode ser limitada, enquanto a legislação francesa não estabelecer qualquer disposição nesse sentido». FRANÇA. Corte de Cassação. 1.ª Câmara Cível. Presidente M. Ancel, Relatora Mme marais, conseiller. **Société Studio canal SA v. M. Stéphane X... et autre**. 05-15.824, 05-16.002 Acórdão n.º 549, 28.02.2006. Disponível em <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/05_16.002_8777.html>, acesso aos 10.03.2013. Para uma análise mais aprofundada sobre o caso vd. LUCAS, André. **Mesures techniques de protection – Copie privée – Triple test**, (19) Propriétés intellectuelles, Abril/2006, p. 179; LUCAS, André e SIRINELI, P. Exceptions de copie privée et mesures techniques de protection. (16) Propriétés intellectuelles, Julho/2005, pp. 340-342; MAZZIOTTI, Giuseppe. **European Union Digital Copyright Law and the End-user**. Berlin: Springer, 2008, pp. 200-207 e PONTOISE, Marjorie. **L'exception de copie privée face aux dispositifs techniques de protection des oeuvres**. Université Lille II. Mestrado 2 em Direito do Cyberspaço (NTIC), 2005. Disponível em <http://www.memoireonline.com/12/06/297/m_1-exception-de-copie-privee-face-aux-dispositifs-techniques-de-protection-des-oeuvres.html>, acesso aos 17.01.2013.

⁹⁴⁹ Vd. VANDRABANT, Bernard; STROWEL, Alain. **Belgium. Balancing Copyright: A Survey of National Approaches**. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law. v.18, Springer, 2012, p. 114.

⁹⁵⁰ Observe-se que o pedido da ação fulcrou-se no art. 87.º do texto autoral belga de 1994, cujo pressuposto de aplicação configurava-se num atentado contra o direito de autor ou conexo.

que, esclareceu o julgado, que esta exceção não confere ao utilizador, que realiza um ato de reprodução para o seu uso privado, qualquer direito de autor sobre o original ou a cópia privada⁹⁵¹.

Sobre o tema a doutrina vem-se mostrando favorável à tese que nega a atribuição ao utilizador dum direito subjetivo à cópia privada⁹⁵². Todavia, é possível ainda destacar posições intermediárias que sustentam a natureza de direito objetivo⁹⁵³ para a reprodução fulcrada no uso privado; ou, até mesmo, aquelas que defendem a natureza da cópia privada como um direito excepcional⁹⁵⁴.

Sem embargo, é nos fundamentos do uso que se encontra a admissibilidade de reprodução, assim destinando-se o mesmo ao uso privado, aqui se encontra a solução para o deslinde sobre a natureza da cópia privada.

Muito embora, pareça tentador a adoção da tese que defende a atribuição ao utilizador dum direito à cópia privada, os fundamentos que presidem o nascimento da mesma, como o da

⁹⁵¹ O Tribunal de Primeira Instância em Bruxelas, decidiu que: «The right to remuneration for authors and holders of related rights was introduced to compensate not the right of private copying but the legal recognition of the exception for private copying.» Ou seja: «O direito à remuneração dos autores e titulares de direitos conexos foi introduzido para compensar não o direito de cópia privada, mas o reconhecimento legal da exceção para cópia privada.» BÉLGICA. Tribunal de Primeira Instância, Bruxelas, **Test Achats v. EMf Recorded Music Belgium SA**. in e-Copyright Bulletin, Abril – Junho, 2004. Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/22029/11515769531ju_b_en.pdf/ju_b_en.pdf>, acesso aos 10.03.2013. Acresça-se, que esta decisão foi discutida em sede de recurso na Corte de Apelação de Bruxelas, cujo acórdão a despeito de manter a decisão do Tribunal de Primeira Instância não foi muito enfático, sobre a negativa da atribuição dum direito subjetivo à cópia privada. Sobre este julgado vd. VANDRABANT, Bernard; STROWEL, Alain. **Belgium. Balancing Copyright: A Survey of National Approaches**. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law. v.18, Springer, 2012, p. 143-144.

⁹⁵² Cf. DUSOLIER, Séverine. **Dusollier, Séverine, Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres**. Bruxelas: Larcier, 2005, pp. 481 e ss. POLLAUD-DURIAN, Frédéric. *Le Droit d'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 471. BERCOVITZ, Alberto. *Limites al Derecho de Autor*. in A.A.V.V. *Protección y Limites del Derecho del Autor de los Criadores Visuales: seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga*, Madri: Trama, 2006, p.p. 592-594; e, SPADA, Paulo. *Copia Privada ed Opere Sotto Chiave*. *Rivista di Diritto Industriale*, 6, Ano L.1-2002, pp.591-603.

⁹⁵³ Cf. GUILBAULT, Lucie. **Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright**. Haya: Kluwer Law International, 2002, pp. 95 e ss. Pondere-se que a autora defende que esse direito objetivo consiste num efeito reflex da lei e que não é o mesmo atribuído específica e individualmente, antes sendo uma consequência dum interesse legítimo legalmente reconhecido. Neste mesmo sentido defende Christophe Geiger, para quem o utilizador é titular dum direito objetivo, ou seja, um direito que não fora reconhecido legalmente como direito subjetivo e cujo âmbito coincide com as limitações estabelecidas ao direito de autor. Assim, para o autor o direito a cópia privada não pode ser invocado judicialmente, já que não se encontra garantido por lei. Cf. GEIGER, Christophe. **Right to Copy v. Three-Step Test: the Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment**. *Computer Law Review International*, pp. 7-13, n.º 1, Fev/2005, p. 10

⁹⁵⁴ Vd. GAUTIER, Pierre-Yves. **L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le «test des trois étapes»**, *Communication - Commerce électronique*, Nov./2006, pp. 30 e ss. Para o autor, tais direitos excepcionais aproximam-se das servidões legais, no sentido de que configuram um sobrepeso indesejado, que o proprietário está obrigado a suportar, em nome do interesse de outrem.

impossibilidade física e jurídica do exercício do exclusivo autoral, não permitem tal entendimento.

Por outro lado, os fundamentos constitucionais que garantem o acesso e a fruição aos bens culturais, podem apontar para esta solução. Na verdade, são concretos os direitos protegidos constitucionalmente que estão na base da cópia privada. Entretanto, não se pode em virtude desta constatação, afirmar que o modo de garantir tais direitos constitucionalmente protegidos, seja equivalente à atribuição dum direito subjetivo ao utilizador.

Assim é que a solução, aponta para o estabelecimento duma exceção, reconhecida juridicamente, ou até mesmo da fixação dum limite imposto a outro direito constitucionalmente também protegido, o exclusivo autoral; como modo de equilibrar os interesses e os direitos em jogo.

Por conseguinte conclui-se que a cópia privada não se consubstancia num direito subjetivo que deve obrigatoriamente ser atribuído ao utilizador; mas cumpre, entretanto, ainda deslindar se esta, a cópia privada, configura-se num limite ou numa exceção. Desde já, aponte-se que não se trata duma tarefa de fácil entendimento, em virtude das fronteiras entre o limite e a exceção, serem por demais esbatidas.

Mas, avance-se de pronto que a exceção configura-se numa exoneração do preceito da norma, por isso é que uma vez excedida o seu escopo de incidência impõe-se o regresso à norma. Já o limite delimita e circunscreve o exclusivo autoral, não se podendo aqui falar, por lógico, o retorno à norma⁹⁵⁵.

É assim, que se pode afirmar que a exceção tem um campo de atuação mais largo do que o limite; pois que, enquanto a exceção afasta por completo o exercício do direito de exclusivo no caso em concreto, o limite estreita a esfera de aplicação do direito de exclusivo, mas não o elimina, consolidando-se assim o entendimento, de que tudo aquilo que se encontra fora da aplicação do exclusivo, corresponde a um espaço de liberdade⁹⁵⁶.

⁹⁵⁵ Geiger ilustrativamente denomina a exceção duma ilha no mar do exclusivo, enquanto na esfera dos limites o exclusivo seria uma ilha num mar de liberdade. GEIGER, Christopher. **Droit d'Auteur et Droit du Public à l'Information**; Approche de Droit Comparé. Paris: Litec, 2004.

⁹⁵⁶ Como pondera Paulo José Gomes «Enquanto *ius singulare*, a exceção implica uma hierarquia valorativa. A partir do momento em que o âmbito de aplicação se encontra ultrapassado, aplicar-se-á a regra geral, o *ius commune*. Já o limite não comporta essa arrumação; permite apenas delinear os contornos do direito de exclusivo.» GOMES, Paulo Jorge. **A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor**. IAC - Instituto Açoriano de Cultura, Angra do Heroísmo, 2011, p. 138.

Mas, não é só, convém, ainda, distinguir os escopos do limite, que se dividem em limites internos e externos. Os limites externos surgem da aplicação de determinadas regras e princípios mais alargados. Por outro lado, os limites internos são inerentes ao próprio direito de exclusivo, assim o delimitando pela sua própria natureza, é o caso, por exemplo, da duração do direito de autor⁹⁵⁷.

Vale ressaltar, com o fito de encontrar uma resposta para a questão ora enfrentada, que o direito de exclusivo configura-se numa prerrogativa para exploração econômica do autor, atribuída pela lei; mas, esta exploração econômica, assume um caráter também de natureza pública. Inclusive, pondere-se que o caráter público, também constitui um elemento na noção de reprodução.

De qualquer sorte como um ato instrumental a reprodução assume-se como neutra. Assim, não faz sentido, qualificar a reprodução como privada ou pública; nem tão pouco defender que o caráter público é inerente à noção de reprodução. Portanto, é o momento posterior de utilização que irá definir se o ato de reprodução é público ou privado; ou seja, consubstancia-se como um direito de exclusivo, ou, ao contrário, caracteriza-se como um mero estado de fruição da obra.

Na verdade, mesmo tomando como certa a neutralidade do ato de reprodução em si, certo é que o direito de reprodução integra o núcleo dos direitos de exclusivo do autor, muito em decorrência do seu caráter instrumental, que lhe é próprio.

Importa, esclarecer também que o principal objetivo da reprodução não se confunde em meramente permitir atos subsequentes que não se encontram subsumidos ao exclusivo autoral, mas sim permitir o exercício destes atos.

Portanto, se a reprodução integra as faculdades do exclusivo autoral e se estas pressupõem uma exploração econômica, logo pública da obra, então a noção de público é inerente ao direito de reprodução.

Consequência lógica deste raciocínio, é afirmar que a esfera privada delimita negativamente o direito de reprodução, que possui caráter público⁹⁵⁸. Na medida em que não se pode defender

⁹⁵⁷ Cf. LUCAS, André e LUCAS, Henri Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**. 3.^a ed. Paris: LITEC, 2006, p. 258.

⁹⁵⁸ Dias Pereira, referindo-se à delimitação negativa do conceito de reprodução afirma: «A reprodução para uso privado não é excluída do direito de reprodução, ao contrário de certas categorias de actos de reprodução meramente técnica (art. 75.º, 1). Esta delimitação negativa do conceito de reprodução operada em benefício

um regresso à norma quando se escapa a esfera meramente privada, mas sim um caso de violação; há assim, uma fronteira delimitada por um verdadeiro limite intrínseco que é a cópia privada⁹⁵⁹.

De mais a mais, frise-se que ao titular do direito não é atribuído um poder discricionário concernente ao exercício de determinadas utilizações livres; pois que, ao introduzir determinadas limitações legais, o legislador estabeleceu o âmbito do direito de autor.

Como já referido acima, esta constatação é resultado da configuração dum direito de exclusivo, seguindo a doutrina clássica da qualificação dos direitos subjetivos, como direitos não absolutos e ilimitados. Por isso, é que as normas que restringem a aplicação deste direito subjetivo do autor de exercer o exclusivo temporário, sobre a sua criação intelectual, não se concebem como exceções ao direito de autor.

Desta sorte que, tais normas restritivas do exclusivo autoral, são concebidas como autênticos limites e, não como exceções que pretendem obstar o eventual absolutismo dos textos autorais⁹⁶⁰. Assim, o ato de reprodução para uso privado, ou seja, a cópia privada, configura-se como um limite ao direito de autor, em face de interesses a serem considerados, não somente em matéria de restrição ao poder de reprodução do autor, como também integrando o interesse público, de promoção do conhecimento, de acesso à informação, à cultura e de fruição cultural⁹⁶¹.

directo das empresas que prestam serviço da Internet, não apenas anula o direito de exclusivo, enquanto direito de proibir tais actos, mas também os subtrai ao círculo de relevância do domínio da compensação remuneratória pela reprodução.» PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa**. in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. vol. LXXXI, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005, p. 441-509 p. 487

⁹⁵⁹ Canotilho, sobre o tema pondera a importância da utilização da expressão «livre utilização», que regra geral nos textos legais internacionais, são tratadas como «limites ao direito de autor». E, assim, esclarece: «Na verdade, a lei “proíbe o autor de proibir” certos actos de utilização da sua obra.» Neste sentido, destaca o autor que nestes casos de impossibilidade do autor exercer o seu exclusivo, tem-se de fato uma «restrição de um direito fundamental, devendo, por isso, ser objecto de interpretação restritiva». Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 228-229.

⁹⁶⁰ É assim que Ascensão destaca, informando que o direito de autor, tanto é composto por normas positivas, como negativas e, são estas afirma o autor que dão origem aos denominados limites ou restrições. Neste sentido, também vd. TRABUCO, Cláudia. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 506.

⁹⁶¹ Foi o que entendeu Cherpillod ao informar que a livre utilização encontra-se marcada pela necessidade de sopesar-se os interesses que a circundam. Para o autor: «La notion de libre utilisation est marquée par l'idée sous-jacent d'une balance d'intérêts: entre celui de la collectivité au progrès culturel et scientifique, d'une part, et celui de l'auteur à l'exploitation exclusive de son oeuvre, d'autre part.» Ou seja: «A noção de livre utilização encontra-se marcada pela ideia subjacente dum equilíbrio de interesses: entre o progresso cultural e científico da comunidade, por um lado, e o exclusivo de exploração do autor de sua obra, pelo outro». CHERPILLOD, Ivan. **L'object du droit d'auteur**. Lausanne: Cédidac, 1985, p.149.

Cumpre-se registrar, nesta linha de ideias, que se apresenta a cópia privada como um limite ao direito de autor, de certo modo refletindo a proteção, que não se deve afastar aos direitos fundamentais do público em geral, utilizadores de obras protegidas. Mas, frise-se, que esta proteção ao público em geral, não implica no reconhecimento de um direito subjetivo à cópia privada, já que não se reconhece aos utilizadores uma estrutura de poderes que garantam a estes o exercício de faculdades sobre a obra protegida⁹⁶².

O reconhecimento de interesses públicos, marca de sobremaneira, a atual posição do sujeito beneficiado pela cópia privada, que se apresenta reforçada, à luz da interpretação sistemática entre as normas de tutela do direito de autor e os direitos fundamentais de acesso à informação, à cultura e de fruição cultural. Todavia, reitere-se, mais uma vez, que não se pode defender a afirmação dum direito subjetivo à cópia privada. Atribuí-se, portanto, à cópia privada, a natureza de limite ao exclusivo autoral, imposto ao autor, que deve abster-se de proibir tais atos de reprodução para uso privado.

Chegado ao entendimento de que a cópia privada corresponde a um limite, cabe agora mencionar o n.º 5, do art. 75.º do Código de Direitos de Autor e Conexos português, já que este dispositivo prescreve a imperatividade das utilizações livres. Note-se que a noção de

⁹⁶² Inclusive, pondere-se que a ordem jurídica internacional tende a delimitar os limites ao direito de autor refletindo esta qualidade de proteção. Vd. o § 5.º do preâmbulo do Tratado OMPI de Direitos de Autor, *verbis*: «Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna, (...)». Ou seja, «Reconhecendo a necessidade de manter o equilíbrio entre os direitos dos autores e os interesses do público em geral, em particular na educação, na investigação e no acesso à informação, como se reflete na Convenção de Berna (...)». **BERNE CONVENTION. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>. Leia-se, o art. 7, do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio: «Artigo 7, Objetivos. A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.» **ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio.** Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-a-o-comercio-trips/at_download/file>. Bem como, de acordo com os Considerandos 3 e 31 da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que disciplinam: «Considerando 3. A harmonização proposta deve contribuir para a implementação das quatro liberdades do mercado interno e enquadra-se no respeito dos princípios fundamentais do direito e, em particular, da propriedade — incluindo a propriedade intelectual — da liberdade de expressão e do interesse geral. (...) Considerando 31. Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. (...)» **EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

ordem pública é compreendida como um conjunto de normas de caráter imperativo concernentes a um Estado ou nação como um todo, e que equivalem a domínios como a economia, a paz pública e os direitos fundamentais⁹⁶³.

Assim é que aparentemente os fundamentos da cópia privada podem ser reconduzidos a este conceito de ordem pública, enquanto representantes dum mais alargado interesse geral. Ou seja, o limite da cópia privada é de natureza imperativa, uma vez que a ele encontram-se subjacentes motivos de ordem pública, conforme acima esclarecido.

Discutindo o tema Hugenholtz, Guibault e Geiger, informam que a solução reside na extensão do conceito interesse público e dos interesses legítimos⁹⁶⁴. Atente-se que tais definições não são uniformes, uma vez que se encontram insertas no âmbito da política nacional de cada Estado. Assim, o que pode ser considerado interesse público num determinado Estado, noutro pode não o ser. Por isso claramente pode-se inferir que as limitações espelham a avaliação do legislador em relação às necessidades de utilização das obras; bem como, o impacto dessas necessidades em face dos interesses econômicos dos titulares de direito⁹⁶⁵.

Observe-se que estas conclusões ora assinaladas são válidas apenas quanto à cópia privada, isto é, quanto ao ato de reprodução, fulcrado num uso privado. Assim, analisando-se o conteúdo de qualquer outro direito de exclusivo, como a distribuição para uso privado, a solução é diametralmente distinta.

Refira-se, portanto, que quanto ao uso privado exercido em face dos demais direitos de exclusivo, este deve ser entendido também como um ato de gozo ou fruição. Por isso, no que

⁹⁶³ Assim, preleciona MALAURI, Phillipe. *L'Ordre Public et le Contrat: Étude de Droit Civil Comparé*. URSS Reims, Matot-Braine, 1953.

⁹⁶⁴ GUIBAULT, Lucie. **The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge:** Prospects for their adaptation to the digital environment. e-Copyright Bulletin. UNESCO. Out.-Dez./2003. Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139671e.pdf>>, acesso aos 25.02.2013, pp. 2 e 39. GEIGER, Christopher. *Droit d'Auteur et Droit du Public à l'Information: Approche de Droit Comparé*. Paris: Litec, 2004, pp. 107 e ss. HUGENHOLTZ, P. Bernt. *Adapting Copyright to the Information Superhighway.*, Artigo realizado com base nos estudos preparados para a Comissão Europeia (DG XIII and DG XV) em 1994 e 1995. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publications/hughenholtz/pbh2.pdf>>, acesso aos 05.01.2013.

⁹⁶⁵ Cf. GUIBAULT, Lucie. **The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge:** Prospects for their adaptation to the digital environment. e-Copyright Bulletin. UNESCO. Out.-Dez./2003. Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139671e.pdf>>, acesso aos 25.02.2013, p. 2.

concerne aos outros direitos de exclusão o uso privado reputa-se livre, já que fora do direito de autor⁹⁶⁶.

Ademais, esse uso privado resulta livre, não no sentido dum recorte ou delimitação negativa do exclusivo autoral que o incorpora, nem tão pouco como um campo específico que fora retirado desta exclusividade, mas sim, como algo que se encontra pura e simplesmente fora do sistema normativo do direito de autor.

Pondere-se, agora a necessidade de verificar quais as consequências produzidas, em face de definir-se a natureza da cópia privada como um limite.

Destaque-se, para o efeito, que não sendo a cópia privada qualificada como uma exceção, não se deve interpretar restritivamente o seu campo de aplicação. Afinal, a cópia privada pode expandir-se como o direito de reprodução, adaptando-se, por conseguinte, ao ambiente digital. Mais ainda, configurando-se o limite da cópia privada como imperativo, não se pode defender a possibilidade de seu afastamento por contrato.

Cumpra-se, ainda nesta seção, investigar se é possível a defesa da ideia que a doutrina dos limites do direito de autor, integra não apenas uma categoria de limites⁹⁶⁷. Desta sorte, pode-se qualificar os limites como internos ou intrínsecos e externos ou extrínsecos⁹⁶⁸.

A introdução dos limites externos no direito de autor justifica-se em razão duma melhor conciliação entre os interesses que se enfrentam no espaço aberto para uso privado. Na verdade, a introdução de tais limites, externos ao exclusivo autoral, apresenta-se necessária,

⁹⁶⁶ É o que ensinou ASCENÇÃO, José de Oliveira. **A Transposição da Diretriz n.º 01/29 sobre Aspectos do Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. v. 43, n.º 2, 2002, p. 927.

⁹⁶⁷ Adolf Dietz, chega mesmo a concluir que os casos previstos na lei de utilização livre não são suficientes, justificando-se, por isso, a previsão de formas mistas. Leia-se: «Sin embargo, independientemente de esa cuestión de orden, tanto la reglamentación española como la portuguesa, revelan que los métodos tradicionales de delimitación de intereses, aquí derechos exclusivos garantizados al autor, allí usos exentos de autorización correspondientes al público no son suficiente hoy en muchos casos, sino que se buscan cada vez más formas mistas.» Trad. Livre: «Sem embargo, independentemente desta questão de ordem, tanto a regulamentação espanhola como a portuguesa, revelam que os métodos tradicionais de delimitação de interesses, aqui direitos exclusivos garantidos ao autor, ali usos isentos de autorização correspondentes ao público, não são suficientes hoje em muitos casos, por isso, que se buscam, cada vez mais, formas mistas.» DIETZ, Adolf. **El Derecho de autor en España y Portugal**. Estudio de Derecho comparado, realizado por encargo de la Comisión de las Comunidades Europeas. Trad.: Ramón Eugenio López Sáez. Colección Analisis y Documentos, n.º 1. Madrid: Técnica, 1992, p. 134.

⁹⁶⁸ Cf. ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O “fair use” no direito autoral**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, vol. IV, Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 92

na medida em que algumas hipóteses de utilização livre, em especial as que se verificam no ambiente digital, não são alcançadas pelos limites internos⁹⁶⁹.

Refira-se que a previsão dos limites internos⁹⁷⁰ ao exclusivo autoral, resulta ou da previsão duma cláusula geral, que deve ser interpretada para dela extraírem-se quais são as utilizações permitidas⁹⁷¹; ou, duma lista, que elenca as hipóteses de utilizações admitidas⁹⁷².

O regime jurídico autoral que destaca a existência de limites outros, compreende que o direito de exclusivo não é absoluto, ou seja *erga omnes*, e deve sustentar-se numa ordem que permita a conciliação entre interesses que se opõem.

Desta sorte, revela-se conciliador o sistema jurídico que permite a evolução destes limites em consonância com a realidade das utilizações concretizadas. Mais ainda, quando os interesses

⁹⁶⁹ Oliveira Ascensão destaca inclusive que: «(...) sempre que os limites intrínsecos não traduzem devidamente a necessária conciliação de interesses privados e coletivos, entram em ação limites extrínsecos para superar aquela incongruência.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital.** in Seminário Internacional sobre Direito Autoral. Fórum Nacional de Direito Autoral. Ministério da cultura. Fortaleza, 26 a 28.11.2008. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.cultura.gov.br%2Fsite%2Fwp-content%2Fuploads%2F2009%2F02%2Ftexto_mesa11_ascensao.pdf&ei=Fs7fUtC_PIBIsASBqYGYCA&usq=AFQjCNGSJGbkQEOn8ozwJfrGQ5r6-x_yiw&bvm=bv.59568121,d.cWc>, acesso aos 29.12.2013.

⁹⁷⁰ Lucie Guibault defende que os limites ao exclusivo autoral devem positivamente reconhecer os interesses legítimos do público em realizarem utilizações não autorizadas de obras protegidas pelo direito de autor. Esclarece a autora que tais interesses legítimos devem incluir os direitos fundamentais dos utilizadores, a promoção da liberdade de acesso à informação e da difusão do conhecimento. E destaca: «However, one must remember that the notion of ‘legitimate interest’ or ‘public interest’ is mostly a matter of national policy: what is in the public interest in one country, is not necessarily the same in another. Technically, limitations reflect each legislator's assessment of the need and desirability for society to use a work against the impact of such a measure on the economic interests of the right holders.» Ou seja: «Entretanto, lembre-se que a noção de ‘interesses legítimos’ ou ‘interesses públicos’ trata-se muito mais duma questão de política nacional: o que se entende por interesse público num país, necessariamente não significa o mesmo noutro. Tecnicamente, as limitações refletem a avaliação de cada legislador sobre as necessidades e conveniências da sociedade na utilização da obra, contra o impacto de tal medida sobre os interesses económicos dos titulares de direitos.» GUIBAULT, Lucie. **The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: Prospects for their adaptation to the digital environment.** e-Copyright Bulletin. UNESCO. Out.-Dez./2003. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139671e.pdf>>, acesso aos 25.02.2013. Nesta mesma linha de ideias, afirma Hugenholtz «The inflexibility of current platform specific limitations combined with the expanding right of reproduction threatens to upset the traditional balance between copyright protection and user freedoms.» Ou seja, «A inflexibilidade de limitações específicas das plataformas atuais, combinada com expansão do direito de reprodução ameaça perturbar o equilíbrio tradicional entre a proteção de direitos de autor e as liberdades do utilizador». HUGENHOLTZ, P. Bernt. **Adapting Copyright to the Information Superhighway.** Artigo realizado com base nos estudos preparados para a Comissão Europeia (DG XIII and DG XV) em 1994 e 1995. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/pbh2.pdf>>, acesso aos 05.01.2013, p. 94.

⁹⁷¹ Sistema próprio da doutrina do *fair use*, adotado em geral, nos países anglo-saxões, como é o caso dos Estados Unidos e da Inglaterra.

⁹⁷² Sistema próprio do direito europeu continental, que admite a previsão de ressalvas aos direitos subjetivos, quando as mesmas encontram-se prevista numa lista fechada.

em jogo que se pretendem conciliar, utilizam o ambiente digital como meio para a prática de atos de reprodução.

Observe-se, que os sistemas jurídicos de direito europeu continental, de modo geral, apresentam as faculdades patrimoniais do exclusivo autoral de modo bastante flexível, elencando-as não exaustivamente, de modo a acompanhar a evolução dos modos e meios que permitem ao autor explorar economicamente a sua obra. No entanto, estes mesmos sistemas, regulam as limitações ao exclusivo autoral estabelecidas numa lista exaustiva⁹⁷³.

Assim, os limites ao direito de autor devem estar regulados de modo a acompanhar esta mesma dinâmica de meios e modos de utilização da obra protegida, sob pena, de se criar um descompanso que não se deseja, num regime jurídico que pretende ser conciliador.

Os fundamentos de tais limites, por forma a comportar a dinamicidade dos atos de utilização, experimentada principalmente no ambiente digital, não devem estar regulados consoante uma única justificação. Devem, portanto, sustentar-se em diversas razões, preferencialmente flexíveis⁹⁷⁴, de modo a comportar os interesses do público em geral⁹⁷⁵. Todavia, desta observação, não se pode concluir pela afirmação dum direito subjetivo, conforme já esclarecido anteriormente⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Cf. GUIBAULT, Lucie. **The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: Prospects for their adaptation to the digital environment.** e-Copyright Bulletin. UNESCO. Out.-Dez./2003. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139671e.pdf>>, acesso aos 25.02.2013.

⁹⁷⁴ É assim que Dias Pereira aponta para a legislação norte-americana, referindo-se sobre a sua maior flexibilidade, dado a utilização da doutrina do fair use. Informa o autor se justifica «inclusive a uma tomada de posição "pela superioridade do sistema norte-americano", em virtude da sua maior flexibilidade e consequente capacidade de adaptação aos desafios das novas tecnologias». PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)**. in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. v. 1. p. 855-869 Coimbra: Almedina, 2006, p. 862.

⁹⁷⁵ Para Sam Ricketson, a perspectiva do interesse público adotada pela Convenção de Berna é gradativa. A Convenção simplesmente num primeiro momento, excluiu do âmbito de proteção determinadas obras ou conteúdos, a exemplo do art. 2.º, n.ºs 4 e 8, e do art. 2.º-bis, n.º 1. Já num segundo momento a concessão de determinadas prerrogativas são limitadas, conforme disciplina do art. 2.º-bis, n.º 2 e art. 9.º, n.º 2. Por fim, na terceira etapa, o interesse público justifica a utilização da obra independentemente do consentimento do autor, mas submete esse uso ao pagamento duma remuneração equitativa, como por exemplo, preleciona o art. 11.º-bis n.º 2 e art. 13.º. RICKETSON, Sam. **Wipo Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment**. WIPO – World Intellectual Property Organization. Standing Committee on Copyright and Related Rights, 9.º Seção, Genebra, 23-27/Jun./2003, p. 4, disponível em <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/ccr_9/ccr_9_7.pdf>, acesso aos 19.01.2013.

⁹⁷⁶ Para Pedro Pais de Vasconcelos «a substância do direito subjetivo não está propriamente na funcionalidade com que o bem é afectado à realização do fim do seu titular, de acordo com a natureza das coisas, mas antes no seu resultado.» Assim, para o autor «a consequência desta funcionalidade que, em cada momento e em cada circunstância, o direito subjetivo contenha poderes (e até deveres) que sejam necessários, convenientes ou simplesmente úteis à realização com êxito do fim do seu titular, todos aqueles mas apenas aqueles que forem necessários.» VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 652. Note-se que o direito subjetivo configura-se numa «unidade concreta, orgânica, centrada na

Não se pode, mais compreender, o engessamento das normas que disciplinam os limites do direito de autor, é conveniente que se adote um sistema mais flexível, que permita a conciliação dos interesses envolvidos, de modo a criar verdadeiros limites ao exclusivo autoral, mais adequados à perseguição da sua função social.

O que implica em constatar-se, forçosamente a necessidade de caminhar-se para além dos limites expressos no comando da norma, de modo a sopesar o exercício do exclusivo autoral de acordo com as razões e os limites da sua função social.

Claro está que a centralidade social é chamada ao centro desta discussão, pois que não se concebe a construção dum sistema de utilização livre com o reconhecimento de direitos individuais, restando ausente o necessário equilíbrio com interesses outros, presentes nesta centralidade. Assim é que se deve sustentar aos utilizadores dos bens intelectuais o «pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional», fomentando assim a «democratização do acesso aos bens de cultura»⁹⁷⁷.

Sobre o tema Canotilho defende a utilização livre como «uma restrição aos direitos de autor e como tal deverá ser tratada.» Por isso é que estudar os limites do direito de autor, necessariamente, resulta em compreender que a utilização livre corresponde a «um direito, liberdade e garantia». Deste modo, qualquer restrição imposta ao exclusivo autoral, ou melhor, em especial às faculdades patrimoniais do direito subjetivo de autor deve obediência «aos requisitos constitucionais das leis restritivas de direitos, liberdade e garantias.»⁹⁷⁸.

De modo a analisar como os ordenamentos jurídicos reagiram diante da usual concretização de atos de reprodução realizados em ambiente digital, especialmente por força do respeito ao

finalidade primária da afectação de certo bem. O poder, entendido como disponibilidade de meios para a obtenção de um ou mais fins, aparece-nos como uma situação jurídica estabelecida à base de características estruturais. [...] É neste sentido que dizemos que o conteúdo do direito subjectivo pertencem poderes, elementos não autónomos, que poderão ser apreendidos através de processos descritivos»; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos Reais**. Coimbra: Almedina, 1978, p. 45. Pedro Pais de Vasconcelos informa que a compreensão dum direito subjectivo como poder afigura-se numa visão predominantemente estrutural; a concepção do direito subjectivo como interesse juridicamente protegido assenta numa visão substancial.» VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 648. Entretanto, da não afirmação dum direito subjectivo à cópia privada, há quem defenda, ao menos, a existência dum interesse reflexamente protegido enquanto fundamento do interesse público. Cf. GOMES, Paulo Jorge. **A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor**. IAC - Instituto Açoriano de Cultura, Angra do Heroísmo, 2011. O autor, todavia, esclarece, que os interesses reflexamente protegidos não conferem qualquer poder jurídico ou a possibilidade de exigência de certa conduta, negando, portanto, a afirmação dum direito subjectivo à cópia privada.

⁹⁷⁷ Conforme a disposição da Carta Magna brasileira, respectivamente no *caput* do art. 215 e, no inciso IV, do seu § 3.º. Ou como, também, disciplina a Constituição da República Portuguesa, sobre o princípio da liberdade de circulação de obras e de bens culturais de qualidade (art. 78.º, n.º 2, b), e, ainda o princípio da democratização da cultura (art. 73.º, n.º 3).

⁹⁷⁸ CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 226.

limite da cópia privada; cumpre-se, estudar, na seção seguinte o fenômeno dos mecanismos tecnológicos de proteção, utilizados pelos titulares dos direitos de autor, como ferramenta de controle dos referidos atos de reprodução.

4.3 A cópia privada e as medidas tecnológicas de proteção

A via tecnológica de proteção das obras intelectuais consiste em utilizar uma série de mecanismos que permitem identificar os materiais suscetíveis de serem protegidos pelos direitos de autor e que controlam o uso que se faz destes, evitando-se perdas económicas para o titular de direitos de exploração económica, assim como a violação das faculdades pessoais dos seus autores⁹⁷⁹.

Estes sistemas, que recebem inúmeras denominações ECMS (Electronic Copyright Management Systems – Sistemas de Gestão Eletrónica de Direitos de Autor), ERMS (Electronic Rights Management Systems – Sistemas de Gestão de Direitos Eletrónicos) ou DRMS (Digital Rights Management Systems – Sistemas de Gestão de Direitos) –, permitem agora a utilização de barreiras; ou seja, métodos de proteção da propriedade habituais noutros setores, porém que até agora não eram tecnicamente possíveis para o direito de autor⁹⁸⁰.

Saliente-se, contudo, que o termo medidas tecnológicas é diverso destes termos que em geral compreendem sistemas de informação para a gestão eletrónica de dispositivos; tratando-se, assim, de realidades distintas⁹⁸¹.

Note-se que a informação para a gestão eletrónica de direitos consubstancia-se numa realidade mais alargada, uma vez que permite a identificação de conteúdos protegidos e a eficácia da utilização de obras segundo a lei e as diretrizes impostas pelos titulares de direitos⁹⁸².

Refira-se que a distinção entre tais sistemas de informação para a gestão eletrónica e as medidas tecnológicas tecnológicas, reside no fato de que estas destinam-se a restringir ou a impedir o uso da obra, já os sistemas moldam e regulam a utilização de obras no ambiente

⁹⁷⁹ FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. e PEIS, E. **The moral rights of authors in the age of digital information.** Journal of the American Society for Information Science and Technology, v. 52, n. 2, p. 109-117, 2001.

⁹⁸⁰ O'ROURKE, M. A. **Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world.** Minnesota Law Review, v. 82, n. 3, p. 609-704, 1998.

⁹⁸¹ Frise-se que a proteção conferida pelas medidas tecnológicas de proteção corresponde a um terceiro nível de proteção; já que não somente a obra será protegida pelo direito de autor, como também será tecnicamente protegida e mais, já que se confere uma proteção jurídica a esta proteção técnica.

⁹⁸² Neste sentido vd. HUGENHOLTZ, P. Bernt., GUIBAULT, Lucie e GEFFEN, Sjoerd Van. **The Future of Levies in the Digital Environment.** Relatório Final. Amsterdam: Institute for Information Law, Mar./2003. Disponível em < <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>, Acesso aos 14.11.2012.

digital, servindo-se tipicamente de medidas tecnológicas com o fim de gestão, por isso não se restringem ou se confundem com aquelas⁹⁸³.

Pondere-se que o impacto destes sistemas de gestão eletrônica serão bastante reduzidos, por isso fez-se a opção na presente seção por realizar apenas o aprofundamento em matéria dos mecanismos tecnológicos de proteção. Aliás é pela utilização destes mecanismos que se avoluma o impacto no respeito aos limites impostos ao titular de direitos de autor e mais especificamente no que diz respeito ao limite da cópia privada.

De modo bastante despretencioso, ao nível técnico sobre a matéria, assinale-se que são quatro os métodos de controle de utilização da obra⁹⁸⁴. Neste sentido, é possível realizar as seguintes atividades de controle sobre a obra, impedir a modificação da obra, prevenir ou restringir determinados usos, impor um número máximo de utilizações ou somente controlar o simples acesso à obra. Observe-se que tais atos de controle sobre a obra poderão vir a ser exercidos de modo isolado ou ainda em conjunto⁹⁸⁵.

Na verdade agrupando-se estas quatro modalidades de controle em dois grupos com métodos semelhantes, permiti-se ao titular do direito de autor fazer uso de medidas de controle de acesso e de cópia.

Destacam-se entre as medidas de controle de acesso, aquelas que consistem tão-somente na introdução duma palavra-chave para acesso ao endereço na internet no qual a obra encontra-se disponível; mas, também, a outros mais complexos, como CSS – *Content Scrambling System*⁹⁸⁶ e o AACS – *Advanced Access Content System*⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Cf. HUGENHOLTZ, P. Bernt., GUIBAULT, Lucie e GEFFEN, Sjoerd Van. **The Future of Levies in the Digital Environment**. Relatório Final. Amsterdam: Institute for Information Law, Mar./2003. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>, Acesso aos 14.11.2012.

⁹⁸⁴ Cf. VICENTE, Dário Moura. **Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Proteção**. Separata de Direito Comparado Perspectivas Luso-Americanas. v. I, Coimbra; Almedina: 2006, p. 162.

⁹⁸⁵ Cf. RAMALHO, Ana. **Análise Económica da Proteção das Medidas Tecnológicas no Direito de Autor: Uma Visão Portuguesa**. Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão. pp. 107-133. v. 3. Set–Dez/2011, pp. 111-112.

⁹⁸⁶ Tecnologia que corresponde a uma cifragem baseada num sistema de chaves que se encontram no equipamento e no suporte. Esta espécie de tecnologia fora especialmente concebida para a proteção de DVDs. Para uma melhor compreensão técnica sobre o tema vd. DVD COPY CONTROL ASSOCIATION (DVD CCA). **Content Scramble System (CSS)**. Disponível em <<http://www.dvdcca.org/css.aspx>>, acesso aos 20.03.2013; BARRY, Mark. **Cryptography in Home Entertainment**. A look at content scrambling in DVDs. Jun/2004, Disponível em <<http://www.math.ucsd.edu/~crypto/Projects/MarkBarry/index.htm>>, acesso aos 20.03.2013. e WIKIPEDIA. **Content Scramble System**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Scramble_System>, acesso aos 20.03.2013.

⁹⁸⁷ Tecnologia que consiste numa cifragem com um sistema de chaves localizado tanto no equipamento como no suporte de armazenamento, mas que utiliza avançada tecnologia de criptografia. Com maiores detalhes sobre o tema vd. AACS LA. **What is AACS? Overview**. Disponível em <<http://www.aacsla.com/specifications/>>.

Quanto as medidas de controle de cópias mais utilizadas tem-se o SCMS – Serial Copy Management System⁹⁸⁸, o SACD – Super Audio Compact Disc⁹⁸⁹ ou simplesmente aqueles que limitam a cópia a uma determinada espécie de equipamentos⁹⁹⁰. Como também as tatuagens eletrônicas ou marcas de água, que muito embora utilizadas largamente para a gestão eletrônica de direitos, revelam na verdade um eficiente método de controle das utilizações; na medida em que crescem à obra uma marca, que não a altera e resiste ao tratamento da informação contida no suporte, ou até mesmo a sua modificação⁹⁹¹.

Observe-se que a proteção legal destes mecanismos tecnológicos surgiu com os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 1996. O art. 11 do Tratado sobre Direitos de Autor desta Organização, intitulado «obrigações relativas às medidas tecnológicas» estabelece que as partes contratantes devem proporcionar a adequada proteção jurídica e os recursos jurídicos efetivos contra os atos de neutralização das medidas tecnológicas⁹⁹².

acesso aos 20.03.2013; AACSLA. **AACS Specifications**. Disponível em <<http://www.aacsla.com/specifications/>>, acesso aos 20.03.2013. Curiosamente a AACSLA, anuncia-se como uma parceria industrial fundada pela IBM, Intel Corporation, Microsoft, Panasonic (Matsushita Electric), Sony, Toshiba, The Walt Disney Company, and Warner Bros, para desenvolver, promover e licenciar, tecnologias projetadas para aprimorar as experiências de entretenimento digital. AACSLA. **Who Are the Founders?** Disponível em <<http://www.aacsla.com/founders/>>, acesso aos 20.03.2013. WIKIPÉDIA. **Advanced Access Content System**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Advanced_Access_Content_System>, acesso aos 20.03.2013.

⁹⁸⁸ Sistema que impede a cópia de segunda geração, ou seja, a cópia realizada através de outra cópia. Para uma melhor compreensão deste sistema vd. WIKIPÉDIA. **Serial Copy Management System**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Serial_Copy_Management_System>, acesso aos 20.03.2013.

⁹⁸⁹ Sistema que fixa uma marca de água no suporte, e que desaparece quando este é copiado, impedindo leitura da cópia. Vd. WIKIPÉDIA. **Super Audio CD**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Super_Audio_CD>, acesso aos 20.03.2013.

⁹⁹⁰ Sistema que era utilizado pela Apple no qual o arquivo quando adquirido numa plataforma web, como por exemplo o arquivo de áudio comprado no iTunes, não podia ser copiado para outros equipamentos que não o computador ou o iPod, impedindo ainda o envio do arquivo pela internet, por exemplo através de uma rede peer-to-peer. Vd. JOHNSON, Bobbie. **Apple drops DRM copy protection from millions of iTunes songs**. In *theguardian.com*, 06.01.2009, 19h41 GMT, San Francisco. Disponível em <<http://www.theguardian.com/technology/2009/jan/06/apple-drops-itunes-copy-protection>>, acesso aos 20.03.2013.

⁹⁹¹ Vd. WIKIPÉDIA. **Digital watermarking**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_watermarking>, acesso aos 20.03.2013.

⁹⁹² Leia-se o art. 11, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor no original em inglês, disciplina «Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.» Ou seja «As Partes Contratantes assegurarão a proteção jurídica adequada e os recursos jurídicos efetivos contra os atos de neutralização de medidas tecnológicas eficazes utilizadas pelos autores em relação ao exercício dos seus direitos nos termos do presente Tratado ou da Convenção de Berna e que, a respeito de suas obras, restrinjam atos que não estão autorizados pelos autores em questão ou permitido por lei.» Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Wipo Copyright Treaty - WCT**. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

Note-se, que o referido dispositivo do Tratado sobre Direitos de Autor desta Organização, transfere a responsabilidade da disciplina sobre o regime jurídico das medidas tecnológicas para os Estados. Entretanto, disciplina, prontamente, que devem os Estados legislarem sobre os atos que visam neutralizar as medidas tecnológicas. O que implica em reconhecer a vontade do legislador internacional em impor sanções diversas aos atos de neutralização das medidas tecnológicas, que devem ser reguladas pelos Estados, de acordo com o seu regime jurídico interno.

Retira-se, portanto, do comando legal internacional, que todos os Estados ao firmarem este Tratado, assumiram a obrigação de proteger legalmente as medidas tecnológicas efetivas. E, não só! Pode-se, sem dúvidas, concluir, também, pela obrigação dos Estados em prevê um regime jurídico adequado contra os atos que visam neutralizar estes mecanismos tecnológicos de proteção.

Note-se que assim possível é conjugar-se as medidas tecnológicas com os limites do direito de autor, uma vez que, como observa Koelman, não se encontra proibida a neutralização das medidas tecnológicas a fim de consumir atos permitidos, fundados num dos limites do direito de autor, a exemplo do limite da cópia privada⁹⁹³.

A definição destas medidas tecnológicas de proteção no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor leva em consideração se são estas medidas «efetivas», «utilizadas pelos autores em relação ao exercício dos seus direitos nos termos do presente Tratado ou da Convenção de Berna» e se «restringem atos que não estão autorizados pelos autores em questão ou permitido por lei».

Sem embargo, algumas discussões foram enfrentadas sobre a definição adotada pelo legislador internacional neste art. 11. Em primeiro plano, debateu-se as razões do uso da expressão «efetivas» para qualificar tais medidas tecnológicas.

Sobre este debate, afirmou-se, que o propósito da inclusão do requisito da efetividade, era o de não assegurar proteção legal àquelas medidas tecnológicas facilmente neutralizadas, ou as que facultem a sua neutralização por um mero acidente⁹⁹⁴.

⁹⁹³ Cf. KOELMAN, Kamiel J. **A hard nut to crack: The protection of technological measures.** in European Intellectual Property Review, v. 22, n. 6, p. 272-288, 2000.

⁹⁹⁴ Sobre o tem André Lucas, afirma que «le droit n'a pas à venir au secours de celui qui n'utilise même pas toutes les ressources de la technique.», ou seja «o direito não tem de vir em auxílio daqueles que nem mesmo utilizam todos os recursos da técnica» LUCAS, André. **Droit d'auteur et numérique**, Paris: Litec, 1998, p. 274.

Mas, houve também quem acrescenta-se, que o propósito deste requisito foi o de destacar a desnecessidade de atribuir-se proteção legal, àquelas medidas que, de fato, sejam completamente eficientes, já que não neutralizadas em seu todo⁹⁹⁵. Justificando-se, inclusive, este posicionamento, pela utilização, por duas vezes, da expressão efetiva no art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor⁹⁹⁶.

Em seguida, passou-se à discussão sobre a necessidade das medidas tecnológicas de proteção serem «utilizadas pelos autores em relação ao exercício dos seus direitos». Na verdade, o

Vd. KOELMAN, Kamiel J. **The Protection of Technological Measures vs. The Copyright Limitations**. Institute for Information Law, Faculty of Law-University of Amsterdam (2001). Paper presented at the ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright, New York, 15 June 2001. Disponível em <www.ivir.nl/publications/koelman/alaiNY.html>, acesso aos 23.03.2013.

⁹⁹⁵ Como foi debatido na ação promovida pela Universal City Studios, Inc. e mais sete outros estúdios em face de Shawn Reimerdes, Eric Corley, Roman Kazan e mais 2.600 empresas, pela distribuição do programa DeCSS, capaz de descriptografar conteúdos protegidos pelo CSS - *Content Scrambling System*. O CSS trata-se de uma medida tecnológica de proteção comumente utilizada para a proteção dos conteúdos gravados em DVDs. Para uma compreensão desta medida tecnológica de proteção vd. nota mais acima. As empresas litigantes sustentaram que o programa DeCSS para neutralizar o CSS, foi produzido e lançado sem autorização da DVD CCA, a associação responsável pelo controle de cópias de DVDs. Os três demandados alegaram em sua defesa que as suas ações não violam o DMCA e, em qualquer caso, que o DMCA, aplicado aos programas de computador, ou ao seu código, viola a Primeira Emenda. Justificaram, esta defesa, com o argumento de que o código do programa de computador, independentemente de sua função, trata-se de um «discurso», por isso deve ser protegido constitucionalmente, não se admitindo a sua regulação. Em primeiro grau o Juiz Lewis A. Kaplan decidiu a favor das 8 grandes companhias, da indústria do cinema, afirmando ainda a constitucionalidade do *Digital Millenium Copyright Act*, e concluiu que: «Each side is entitled to its views. In our society, however, clashes of competing interests like this are resolved by Congress. For now, at least, Congress has resolved this clash in the DMCA and in plaintiffs' favor. Given the peculiar characteristics of computer programs for circumventing encryption and other access control measures, the DMCA as applied to posting and linking here does not contravene the First Amendment. Accordingly, plaintiffs are entitled to appropriate injunctive and declaratory relief.» Trad. Livre: «Cada lado tem direito a suas opiniões. Em nossa sociedade, no entanto, os confrontos de interesses concorrentes como este são resolvidos pelo Congresso. Por enquanto, pelo menos, o Congresso resolveu esse choque no DMCA e em favor dos demandantes. Dadas as características peculiares dos programas de computador para burlar criptografia e outras medidas de controle de acesso, o DMCA é aplicado na postagem e ligação, não violando assim a Primeira Emenda.» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal Distrital. Nova York. 111 F.Supp.2^d 294 (2000). **Universal City Studios, inc., et al., Plaintiffs, v. Shawn C. Reimerdes, et al., Defendants**. n.º 00 Civ. 0277 (LAK). Julgamento em 17.08.2000, Emendado, 06.09.2000. Disponível em

<http://scholar.google.com/scholar_case?case=4887310188384829978&q=111+F.+Supp.2d+294&hl=en&as_sdt=2002>, acesso aos 23.03.2013. Não satisfeitos, os três demandados recorreram desta decisão ao Tribunal de Apelação, que embora tenha confirmado a decisão de primeiro grau, enfatizou que concordava com o argumento dos demandantes de que os programas de computador são uma forma de expressão, protegida, independentemente de fazerem-se representar pelo seu código-fonte ou pelo seu código-objeto. Em conclusão o Tribunal afirmou que: «Fair use has never been held to be a guarantee of access to copyrighted material (...).» Ou seja: «O *fair use* nunca foi considerado uma garantia de acesso a material protegido por direitos de autor (...).» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Apelações. 2.º Circuito. 273 F.3d 429 (2001). **Universal City Studios, inc., Paramount Pictures Corporation, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., Tristar Pictures, Inc., Columbia Pictures Industries, Inc., Time Warner Entertainment Company, L.P., Disney Enterprises Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Plaintiffs-Appellees, v. Eric CORLEY, also known as Emmanuel Goldstein, and 2600 Enterprises Inc., Defendants-Appellants, United States of America, Intervenor**. Docket No. 00-9185. Julgamento em 28.11.2001. Disponível em <http://scholar.google.com/scholar_case?case=5930508913825375010&q=273+F.3d+429&hl=en&as_sdt=2002>, acesso aos 23.03.2013.

⁹⁹⁶ Primeiramente para definir os «eficientes» recursos jurídicos e logo após para delimitar as «eficientes» medidas tecnológicas.

sentido deste segundo critério, pretende assegurar, que a utilização das medidas tecnológicas de proteção, fique restrita aos titulares de direitos de autor sobre a obra protegida⁹⁹⁷.

Resulta, portanto, deste requisito, que o art. 11, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, não será aplicado às medidas tecnológicas de proteção fora do âmbito da legislação de direitos de autor, ou às obras que se encontram no domínio público. Pois que, neste sentido, a utilização pelos autores destas medidas não se encontram relacionadas ao exercício dos seus direitos, assegurados pela leis de tutela autoral.

Quanto ao terceiro requisito, numa interpretação literal do referido dispositivo da legislação internacional em comento, observa-se que este é cumulativo ao segundo. Ou seja, exige-se dos titulares de direitos de autor, no exercício dos seus direitos regulados no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, que a utilização de medidas tecnológicas de proteção em suas obras, seja restrita aos atos não autorizados ou permitidos na lei.

O que implica em afirmar que os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, praticados dentro dos limites do uso privado, não estarão proibidos nos termos do art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor⁹⁹⁸. Por consequência lógica, estarão proibidos os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, cuja finalidade escape aos limites do uso privado.

Observa-se, assim, que a exigência destes requisitos para admitir-se o uso lícito das medidas tecnológicas de proteção, reside em assegurar que deve existir um equilíbrio entre o âmbito de proteção destas medidas e a proteção dos direitos de autor.

Ademais, cumpre-se, indagar se a exigência de proteção legal adequada, disciplinada no art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, implica necessariamente na disciplina, dos direitos de autor, dum regime jurídico específico, para regular as medidas anti-neutralização?

Sinceramente, não aparenta ser este o sentido da norma. O art. 11 do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor não faz exigência da integração

⁹⁹⁷ Observe-se que entende a presente investigação ser franqueada a utilização das medidas tecnológicas de proteção, não somente aos autores, como também aos sujeitos outros, aos quais o autor transferiu direitos, chamados, assim, de titulares de direitos de autor sobre a obra protegida.

⁹⁹⁸ Cf. KOELMAN, Kamiel J. **A hard nut to crack: The protection of technological measures.** in *European Intellectual Property Review*, v. 22, n. 6, p. 272-288, 2000.

dum regime jurídico específico para as medidas anti-neutralização, na legislação de proteção autoral. Resultado, desta interpretação, é constatar-se que os Estados signatários do referido Tratado encontram-se livres para estabelecer qualquer modalidade de proteção legal.

Porém, a despeito da importância das condições para que as medidas tecnológicas sejam protegidas legalmente, há uma questão fundamental que resta duvidosa e ainda pouco esclarecida, qual seja, afinal quais são os atos restringidos por tais medidas?

Em resposta a esta questão, a solução apresenta-se em três possíveis escopos⁹⁹⁹.

O primeiro diz respeito ao ato de neutralização em si mesmo; ou seja, a discussão reside na responsabilização jurídica do sujeito que neutraliza a medida tecnológica de proteção.

O seguinte é concernente ao comércio, ao fornecimento dos dispositivos tecnológicos que permitem a neutralização, ações alcunhadas frequentemente como atividades preparatórias; pelo que se impõe verificar se aquele que expõe, comercializa, distribui ou simplesmente facilita a aquisição de dispositivos de neutralização, poderá, também, ser responsabilizado pelo ato de neutralização da medida tecnológica de proteção.

E, por fim, um terceiro escopo que reside em avaliar a responsabilidade daquele que para além de realizar um ato preparatório de neutralização a executa.

Ressalte-se, desde já, que, de modo geral, a legislação nacional, ao adotar esta disposição, realizou de inúmeras formas a transposição deste mecanismo para o seu ordenamento jurídico interno, regulando distintamente os graus de responsabilidade pelos atos de neutralização.

Na verdade, esta análise, far-se-á diante do cenário das principais legislações internas que adotaram as medidas tecnológicas de proteção na senda da previsão do art. 11 do Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Assim, especialmente, destacam-se a legislação norteamericana com o *Digital Millennium Copyright Act*, e a Diretiva 2001/29/CE de direito de autor na sociedade da informação.

Obviamente, que uma análise pormenorizada de todas estes diplomas legais internos consubstanciaria numa tarefa que amplamente discutiria de modo aprofundado o problema.

⁹⁹⁹ DE WERRA, Jacques. **The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws (Japan, Australia)**. In: Ginsburg, Jane C. *Adjuncts and alternatives to copyright: ALAI Congress June 13-17, 2001, New York, U.S.A.* = Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur: Congrès de l'ALAI. New York, NY: ALAI-USA, 2002. p. 179-279. Disponível em: <<http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/dewerra.doc>>, acesso aos 23.03.2013.

Todavia, apenas os aspectos mais significativos destes dispositivos legais nacionais, serão aqui discutidos, especialmente no que diz respeito ao modo de regulação das medidas tecnológicas de proteção em cada um destes ordenamentos jurídicos nacionais¹⁰⁰⁰.

O *Digital Millennium Copyright Act* norteamericano em boa medida estabeleceu-se como o diploma legal que fora seguido pelos demais Estados. Esta lei acrescentou um novo capítulo 12 à legislação de direito de autor norteamericana, que regulamenta a proteção das medidas tecnológicas, dedicando toda a seção 1201 para a disciplina do regime legal deste instrumento de proteção.

Esta seção 1201 estrutura-se de acordo com uma divisão essencial, em função da espécie de medida tecnológica a ser regulamentada; isto é, separadamente apresenta uma previsão normativa própria quer para as medidas tecnológicas que controlam o acesso às obras protegidas, como para as medidas que protegem os direitos de autor¹⁰⁰¹.

Assim é que o acesso não autorizado à obra impede-se mediante a fixação da proibição tanto para o mero ato de neutralização como para o ato de comércio dos dispositivos de neutralização, as denominadas atividades preparatórias.

O âmbito de aplicação da proibição de neutralização das medidas de proteção de acesso pode ser exemplificado por dois exemplos. O primeiro diz respeito ao mero abuso praticado num procedimento de identificação e o segundo refere-se à utilização de *deep link*¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ O estudo, na verdade, propõem-se a realizar apenas um enfrentamento das medidas tecnológicas de proteção e o limite da cópia privada ao direito de autor. O que para o efeito julgou-se prudente apresentar as suas noções gerais e a categorias técnicas e jurídicas.

¹⁰⁰¹ A despeito deste tratamento jurídico apartado, não se pode excluir a possibilidade dum único ato de neutralização duma medida tecnológica de proteção, violar ambas as qualidades de medidas tecnológicas. Ou seja, tanto a medida de controle de acesso à obra protegida, como a medida que protege os direitos de autor, nos termos do *Digital Millennium Copyright Act*. Inclusive, já se decidiu neste sentido, quando a companhia Streambox criou programas que permitem a conversão de arquivos do programa Real Media em outros formatos, contornando a criptografia que a companhia Real Networks utilizava no seu programa de computador. O Tribunal Distrital de Washington (Distrito Oeste) proferiu decisão contra a distribuição pela Streambox do programa VCR Streambox. Este programa, para além de enganar os servidores da Real Media para que reconhecessem o Streambox como o programa proprietário RealPlayer, permitia aos utilizadores manter cópias permanentes do conteúdo entregue através dele, mesmo se o conteúdo fosse planeado apenas para transmissão. Assim, concluiu o Tribunal Distrital que o programa VCR violava as medidas tecnológicas de proteção de acesso e anti-neutralização, ambas disciplinadas no *Digital Millennium Copyright Act*. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal Distrital de Washington (Distrito Oeste). 2000 U.S. Dist. **Realnetworks, Inc. v. Streambox, Inc.** Julgamento em 18.01.200. Disponível em <<http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/real.html>>, acesso aos 23.03.2013.

¹⁰⁰² São ligações profundas. Ou melhor são ligações (*links*) para páginas internas duma determinada página na *world wide web*, não se configurando, assim, em meros *links* para a página inicial (*home page*) dum determinado sítio (*site*) na internet. A ligação realizada através dos *deep links*, resulta uma pesquisa mais apurada do conteúdo desejado, fazendo-se, necessário, portanto, atingir alguns níveis do *site* a serem cruzados até chegar a página que se

Quanto ao primeiro exemplo, refira-se que as medidas de controle de acesso para a proteção das obras protegidas no ambiente digital, geralmente consistem num procedimento de identificação, através de *login*¹⁰⁰³ e senha. De sorte que se pode indagar sobre a utilização por terceiros do *login* e senha do utilizador autorizado a acessar as obras protegidas, resulta numa violação ao § 1201 (a) (1) do Digital Millennium Copyright Act¹⁰⁰⁴.

De fato, o ato do terceiro não autorizado, não constitui uma violação das disposições anti-neutralização, previstas no Digital Millennium Copyright Act, uma vez que o seu ato (digitar uma senha) não se constitui como diverso da ação do utilizador cujo acesso à obra protegida encontra-se autorizado.

Registre-se, que a utilização por terceiro não autorizado da obra protegida, cujo acesso era controlado, não se configura em nenhuma ação de neutralização da medida tecnológica de proteção que controla o acesso, conforme a disciplina do § 1201 (a) (1) e § 1201 (a) (3) (A)¹⁰⁰⁵.

O uso não autorizado do procedimento de identificação, portanto, não leva a qualquer tentativa de neutralizar a medida tecnológica, nos termos do § 1201 (a) (1) e § 1201 (a) (3) (A), pois que o terceiro não tentou "evitar, ignorar, remover, desativar ou prejudicar uma

deseja. WIKIPEDIA. **Deep Link**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Deep_linking>, acesso aos 23.03.2013.

¹⁰⁰³ Trata-se de expressão utilizada na linguagem de segurança em rede, também denominada *logon*, consistente na exigência duma credencial para acessar uma rede de computadores interligados ou uma área restrita nesta rede. Portanto, trata-se dum procedimento no qual o acesso individual a uma rede de computadores ou mesmo a um computador é controlado pela identificação e autorização através das credenciais utilizadas por utilizador. WIKIPEDIA. **Login**. Disponível em <<http://en.wikipedia.org/wiki/Login>>, acesso aos 23.03.2013.

¹⁰⁰⁴ Refere *in litteris* este dispositivo que: «(a) Violations Regarding Circumvention of Technological Measures.— (1)(A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.» Ou seja: «(a) Violações relativas à Neutralização de Medidas Tecnológicas.— (1)(A) Nenhuma pessoa pode neutralizar uma medida tecnológica que efetivamente controla o acesso a uma obra protegida sob este título. A proibição contida na frase anterior produz efeitos no final do período de 2 anos a partir da data da promulgação deste capítulo» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Digital Millenium Copyright Act**. 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

¹⁰⁰⁵ *Verbis*: «(3) ... (A) to "circumvent a technological measure" means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; (...)» Trad. Livre: «(3) ... (A) "contornar uma medida de caráter tecnológico" significa descodificar uma obra condificada, descriptografar uma obra criptografada, ou de outro modo evitar, ignorar, remover, desativar ou prejudicar uma medida tecnológica, sem a autorização do titular dos direitos, (...)» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Digital Millenium Copyright Act**. 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

medida tecnológica", mas apenas acessou a obra protegida, na qualidade de utilizador autorizado¹⁰⁰⁶.

Problema semelhante, pode levantar-se quando as medidas tecnológicas de proteção foram inseridas no ambiente digital na *world wide web*, de modo a impedir o acesso às obras protegidas por utilizadores da rede que se encontram numa determinada área¹⁰⁰⁷. No exemplo, do utilizador que mediante uma falsa declaração sobre a sua verdadeira localização, obtém acesso à obra protegida.

Obviamente, que idêntica solução, aqui também, se apresenta, uma vez que com a falsa declaração do utilizador da rede sobre a sua localização, de modo algum concretizou-se um ato de neutralização duma medida tecnológica de proteção.

No que se refere à segunda hipótese, o problema reside em saber quando o ato de contornar uma tecnologia que previne o acesso à ligações profundas (*deep links*), consiste numa ação de neutralização duma medida tecnológica de controle de acesso.

Por exemplo, quando o acesso a páginas inferiores de um organismo público qualquer na rede apenas é possível para os utilizadores com perfil e subscrição devidamente autorizados e adequados para tanto. Neste caso, se um qualquer utilizador da rede, tenta aceder ao conteúdo inserido nestas páginas inferiores, através da utilização duma ligação qualquer (*link*), automaticamente, este mecanismo de proteção de acesso, irá dirigi-lo à página para a identificação e autenticação dos utilizadores autorizados. Assim, claramente, este mecanismo tecnológico de proteção de acesso impediu o utilizador não autorizado de efetuar o acesso (*login*) aos conteúdos inseridos nas páginas inferiores deste organismo público.

De mais a mais, frise-se a hipótese dum sujeito desenvolver uma tecnologia de neutralização que permite contornar o controle de acessos. Por exemplo, permitindo que o utilizador não autorizado acesse ao conteúdo das páginas inferiores dum determinado *web site*, que disponibiliza apenas aos seus utilizadores cadastrados, autenticados e identificados o acesso a

¹⁰⁰⁶ Denote-se, que a ausência de violação da medida tecnológica que controla o acesso à obra protegida, não significa, contudo, que o terceiro com acesso não autorizado, bem como o utilizador autorizado que transfere a terceiro a sua senha pessoal, estarão isentos de responsabilidade sobre o acesso não autorizado, particularmente quando o acesso foi garantido através de acordo contratual.

¹⁰⁰⁷ A exemplo da liminar de 20.11.2000 contra o Yahoo França, a fim de evitar o acesso a conteúdos ilegais, relacionados a leilões de materiais nazistas, para os utilizadores da rede localizados na França. FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Paris. Liminar de 20.11.2000. **Association "Union des Etudiants Juifs de France", la "Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme", le "MRAP" (intervenant volontaire) / Yahoo ! Inc. et Yahoo France.** Disponível em <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=217>, acesso aos 23.03.2013.

obras protegidas pelo direito de autor. E, ainda, quando este mesmo utilizador, na sua página na internet, disponibiliza através duma ligação (*link*) que leva automaticamente, qualquer um ao conteúdo destas páginas inferiores (*deep link*), com obras protegidas pelo direito de autor.

Claramente, nesta ação é possível identificar a violação ao comando da norma disposta no *Digital Millennium Copyright Act* norteamericano, já que este acesso, encerrou uma ação que evita, ignora, a medida tecnológica de controle de acesso. Mas, outro problema se apresenta, qual foi o sujeito responsável pela ação de neutralização? O utilizador que através da ligação profunda (*deep link*) acessou à obra protegida. Ou, ao contrário, o sujeito que desenvolveu a tecnologia de neutralização que contornou o controle de acesso e disponibilizou a qualquer um o acesso à obra protegida na sua página na rede, através de uma ligação profunda (*deep link*).

Esclareça-se, desde já, que o sujeito que utiliza da tecnologia de neutralização para acesso à ligação profunda (*deep link*) na sua página da internet, pode ser considerado um fornecedor de tecnologia de neutralização, nos termos do § 1201 (a) (2) do *Digital Millennium Copyright Act* norteamericano¹⁰⁰⁸.

Além disso, a utilizador da ligação profunda (*deep link*), mesmo que inocente¹⁰⁰⁹, poderá também ser responsabilizado¹⁰¹⁰, nos termos do § 1201 (a)(1)(A) que determina que «nenhuma pessoa pode neutralizar uma medida tecnológica que efetivamente controle o acesso à uma obra protegida sob este título»¹⁰¹¹.

No entanto, o § 1203 (5)(A) estabelece que o tribunal de acordo com os seus critérios poderá reduzir ou isentar o agente, do pagamento de indenização pelos danos causados, hipótese em que este assume o ônus de provar, e o tribunal decidir, que este não tinha consciência e razão para saber que o seu ato constituía um ilícito. O utilizador dum mecanismo de neutralização

¹⁰⁰⁸ Leia-se a referida disposição *in verbis*: «(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that — (...);» Ou seja: «(2) Nenhuma pessoa deve produzir, importar, oferecer para o público, disponibilizar, ou circular por qualquer outra tecnologia, produto, serviço, dispositivo, componente, ou parte dele — (...)». ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Digital Millenium Copyright Act**. 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

¹⁰⁰⁹ O que pode ocorrer, mesmo que o utilizador não saiba que está a fazer uso duma ligação profunda (*deep link*) proibida, geralmente controlada por uma medida de proteção de acesso implementada pelo proprietário da ligação (*link*) da página na internet.

¹⁰¹⁰ Ressalte-se, que esta responsabilidade é meramente civil. A responsabilidade penal será aplicada quando se tratar de violação deliberadamente com o fim de obter vantagens comerciais ou lucro financeiro privado, conforme a disposição do § 1204 (a) do *Digital Millenium Copyright Act*.

¹⁰¹¹ *In verbis*: «No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Digital Millenium Copyright Act**. 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

para uma ligação profunda (*deep link*) pode ser um perfeito candidato para beneficiar-se desta isenção, no caso das violações inocentes.

Sem embargo, no que se refere às medidas tecnológicas que protegem os direitos de autor, estas não proibem o ato de neutralização em si mesmo, contrariamente ao que lei norte-americana do *Digital Millennium Copyright Act* estabeleceu para as atividades preparatórias.

Esta decisão do legislador norte-americano tem como objetivo a não penalização dos usos potenciais não violadores do direito de autor, como, por exemplo, aqueles incluídos sob o manto do fair use. Por exemplo, o ato de neutralização duma medida tecnológica de controle de cópia inserida num programa de computador para realizar a cópia deste programa, não viola o § 1201 (b)¹⁰¹². Portanto, apenas o comércio de circulação destas tecnologias de neutralização encontra-se proibido pela aplicação do § 1201 (b) do *Digital Millennium Copyright Act*.

Destaque-se, ainda que a previsão do § 1201 (b)(2)(B) estabelece que uma medida tecnológica efetivamente protege os direitos do titular de direitos de autor, se esta medida, no curso ordinário de sua operação, prevenir, restringir ou por qualquer outro meio limitar o exercício dos direitos do titular de direitos de autor¹⁰¹³.

Neste sentido, a medida tecnológica de proteção que não prevenir, restringir ou por qualquer outro meio limitar o «exercício dos direitos do titular de direitos de autor», não está protegida sob a disciplina do § 1201 (b). Em consequência, uma tecnologia de codificação duma região, que não protege nenhum direito do titular dos direitos de autor, não está incluída na definição prescrita do § 1201 (b)(2)(B). Entretanto, esta tecnologia continua protegida pela disciplina do § 1201 (a), uma vez que se configura numa tecnologia de controle de acesso.

No que se refere às exceções a tais proibições o *Digital Millennium Copyright Act* não continha nenhuma disposição na sua redação originária; porém durante o trâmite legislativo foram-se acrescentando algumas em função da capacidade de pressão de grupos com interesses distintos. Dentre elas, merece relevância aquela procedida em matéria de bibliotecas e

¹⁰¹² Esta escolha do legislador segue de perto o terceiro critério estabelecido no art. 11 do Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, já que este disciplina apenas sobre a proibição daqueles atos de neutralização de medidas tecnológicas de proteção com propósitos ilícitos.

¹⁰¹³ In *litteris*: «(B) a technological measure “effectively protects a right of a copyright owner under this title” if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title.» ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Digital Millennium Copyright Act**. 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

instituições educacionais sem intenção lucrativa para determinar se desejam adquirir uma obra, e ainda disposições a cerca doutras como de engenharia reversa de programas de computador, etc. As exceções desta natureza conformam uma lista fechada, e cada uma delas tem os seus próprios critérios e encontram-se baseada em políticas concretas.

Registre-se ainda sobre a legislação norteamericana de direitos de autor que muito timidamente inseriu na seção 1201(c)(1)¹⁰¹⁴ uma ressalva sobre a neutralização das medidas tecnológicas de proteção, sustentada no *fair use*¹⁰¹⁵.

Aparentemente, é possível sustentar que a disciplina desta seção 1201(c)(1) do *Digital Millennium Copyright Act* reconhece que as defesas às violações aos direitos de autor e ao *fair use*, podem ser utilizadas para ultrapassar a ilicitude dos atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção¹⁰¹⁶.

Sem embargo, de acordo com os autores da proposta do *Digital Millennium Copyright Act*, aprovada pelo legislativo norteamericano, a cláusula de exceção ora em discussão preserva todas as modalidades de defesas tradicionais, disponíveis na legislação autoral, incluindo, portanto, a defesa dos atos de neutralização sustentados no *fair use*¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ In *litteris*: «1201(c)(1) Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use, under this title.» Trad. Livre: «1201(c)(1) Nada nesta seção afetará os direitos, remédios, limitações ou defesas às violações aos direitos de autor, incluindo o uso justo, sob este título.»

¹⁰¹⁵ Frise-se que, na verdade, a intenção do legislador norteamericano era a de incluir uma exceção geral de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, fulcrada no *fair use*. Porém a redação § 1201 (c) não é clara quanto a autorização para os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, em sede de uso privado. Todavia, Conroy, é firme ao sustentar a inclusão desta cláusula geral de exceção, pondera o autor: «Section 1201 contains two general savings clauses: section 1201(c)(1) provides that nothing in section 1201 affects rights, remedies, limitations, or defences to copyright infringement; and section 1201(c)(2), that nothing in section 1201 enlarges or diminishes vicarious or contributory copyright infringement.» Trad. Livre: «A seção 1201 contém duas cláusulas gerais de exceção: a seção 1201 (c)(1) prevê que nada na seção 1201 afeta, direitos, remédios, limitações ou defesas às violações aos direitos de autor; e a seção 1201(c)(2), refere que nada na seção 1201 agrava ou reduz a violação solidária ou contributiva aos direitos de autor» CONROY, Marlice. **A comparative study of technological protection measures in copyright law**. Tese de Doutorado em Direito (3274-781-0), Orientada pelo Prof. CJ Visser, da Universidade da África do Sul, Novembro/2006, Disponível em <<http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/2217/thesis.pdf;jsessionid=0B0A686D80E0ED30BA1103CC171AB92F?sequence=1>>, acesso aos 25.03.2013.

¹⁰¹⁶ Na verdade, após a promulgação do *Digital Millennium Copyright Act*, uma debate prolongado e bastante acirrado firmou-se, quanto à possibilidade de incluir o *fair use* como uma defesa válida para a prática de atos considerador ilícitos sob a previsão da seção 1201, deste diploma legal norteamericano, incluindo, assim os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção. O Congresso norteamericano, à época pronunciou-se sobre o tema e defendeu a aplicação da doutrina do *fair use* aos atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, pois sustentou que não tinha a intenção de limitar o desenvolvimento do *fair use* aos direitos formalmente previsto no *Copyright Act*. Cf. GINSBURG. Jane C. **Copyright Use and Excuse on the Internet**. Columbia - VLA Journal of Law & the Arts, v. 24, 2000, Disponível <<http://ssrn.com/abstract=239747>>, acesso aos 25.03.2013.

¹⁰¹⁷ GINSBURG. Jane C. **From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law**. Columbia Law School. Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, p. 113, 2003. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=222493> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.222493>>, acesso aos

O que implica em admitir na seção 1201(c)(1) do *Digital Millennium Copyright Act*, a previsão dum limite imposto pelo *fair use*¹⁰¹⁸. Entretanto, advir-se que a seção 1201, apenas se aplica às medidas tecnológicas de proteção relativas aos direitos de autor sobre a obra, portanto, tão-somente os atos de neutralização fundados nesta mesma qualidade de direitos sobre a obra. Ou seja, as mesmas defesas disponíveis para os casos de violação aos direitos de autor, estão disponíveis para os atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção¹⁰¹⁹.

25.03.2013. Todavia, há dissenso, sobre a aplicação do *fair use* nos atos de neutralização das medidas tecnológicas de proteção, por parte da doutrina norte-americana, apresentando diversas razões que mostram o contrário. Assim, enfatizam que a previsão da política anti-neutralização na seção 1201 constitui uma violação apartada e distinta da violação aos direitos de autor. E, também, argumenta que a responsabilidade prevista na seção 1201 (c) (1) e (2) não surge com a violação aos direitos de autor, mas com a violação à seção 1201. Por fim, defendem que a violação à seção 1201 é ilícita, independentemente de resultar numa violação. Nesta linha de ideias vd. BROGAN, Denis T. **"Fair Use No Longer: How the Digital Millennium Copyright Act Bars Fair Use of Digitally Stored Copyrighted Works"**. in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, v. 16, n.º 3, art. 11, 2002, Disponível em <<http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol16/iss3/11>>, acesso aos 25.03.2013. CONROY, Marlize. **A comparative study of technological protection measures in copyright law**. Tese de Doutorado em Direito (3274-781-0), Orientada pelo Prof. CJ Visser, da Universidade da África do Sul, Novembro/2006, Disponível em <<http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/2217/thesis.pdf;jsessionid=0B0A686D80E0ED30BA1103CC171AB92F?sequence=1>>, acesso aos 25.03.2013. LUNNEY, Jr., Glynn S., **The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the DMCA**. *Virginia Law Review*, v. 87, September 2001. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1073857?uid=3737664&uid=2129&uid=2134&uid=2478555433&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2478555423&uid=60&purchase-type=none&accessType=none&sid=21103399060633&showMyJstorPss=false&seq=1&showAccess=false>>, acesso aos 25.03.2013; e, JEANNERET, Christine. **The Digital Millennium Copyright Act: Preserving the Traditional Copyright Balance**. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, v. 12, n.º 1, art. 4, p. 157-163, 2001. Disponível em <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1229&context=iplj>>, acesso aos 25.03.2013.

¹⁰¹⁸ Todavia, não foi este o entendimento no caso *United States v. Elcom Ltd*. Nesta ação, o réu foi processado criminalmente pela prática de ato de neutralização de medida tecnológica de proteção. O réu foi acusado de desenvolver e comercializar um programa de computador, que permitia ao utilizador neutralizar as restrições do uso de livros eletrônicos (*e-books*), permitindo, assim que a obra fosse facilmente reproduzida e distribuída em ambiente digital. Assim, o réu entrou com uma moção para destituir a acusação, com base na inconstitucionalidade do *Digital Millenium Copyright Act*, mas, entretanto, o entendimento do Tribunal Distrital da Califórnia foi no sentido de que a cláusula geral de *fair use*, não podia ser estendida, proibindo, assim a circulação ou a comercialização de dispositivos principalmente concebidos para neutralizar as restrições de utilização das obras em formato eletrônico. Vd. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal Distrital da Califórnia (Norte). 203 F.Supp.2^d 1111. **United States v. Elcom Ltd**. Julgamento 08.05.2002. Disponível em <<http://digital-law-online.info/cases/62PQ2D1736.htm>>, acesso aos 25.03.2013.

¹⁰¹⁹ Ginsburg é bastante enfática ao defender a cláusula geral de exceção do *fair use*, como um limite para a prática de atos de neutralização nas medidas tecnológicas de proteção. Assim, refere: «Nonetheless, the syntax of § 1201(c) permits an argument that the phrase “including fair use,” as set off in commas, modifies not “defenses applicable to copyright infringement,” but “limitations . . . under this title.” Section 1201 is “under” Title 17, even if it is not, technically, a provision addressed to copyright infringement. If fair use is a general limitation on rights set out in Title 17, including, for example, the (technically) extra-copyright right to fix performances of musical works set out in § 1101,49 then § 1201(c) preserves fair use as to anti circumvention as well.» Ou seja: «Não obstante, a sintaxe do § 1201(c) permitir o argumento de que a frase “incluindo o *fair use*”, como foi aposta entre vírgulas, não modifica as “defesas aplicáveis aos direitos de autor” mas as “limitações...sob este título”. A seção 1201 encontra-se “sob” o Título 17, mesmo que este não seja, tecnicamente, uma disposição dirigida à violação aos direitos de autor. Se o *fair use* é uma limite geraç sob o Título 17, incluindo, por exemplo, os (tecnicamente) direitos extra-autor de fixar as peromances duma obra musical estabelecidos no § 1101, então o § 1201(c) mantém o *fair use* quanto a anti-neutralização, também» GINSBURG. Jane C. **From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law**. Columbia Law

Na União Europeia o regime jurídico das medidas tecnológicas de proteção encontra-se disciplinado em três Diretivas, são elas a Diretiva 91/250/CEE, a Diretiva 2001/29/CE e a Diretiva 98/84/CE.

A Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14.05.1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, foi a primeira a regular as medidas tecnológicas de proteção, estabelecendo na alínea c), do seu art. 7.º que devem os Estados-Membros tomar as medidas adequadas, em sede dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, contra atos de circulação ou posse, para fins comerciais, que facilite a neutralização ou a supressão não autorizada de qualquer mecanismo técnico para a proteção dum programa de computador c).¹⁰²⁰

O segundo instrumento legal é a Diretiva 98/84/CE relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, cujo objetivo geral é o de proteger o acesso aos serviços remunerados prestados em linha, entre os quais estão as obras protegidos por direitos de autor. As medidas tecnológicas de proteção visam nesta hipótese proteger o acesso à uma obra protegida pelos direiros de autor, que também se encontram protegidas por esta Diretiva 98/84/CE, relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.

O objetivo desta Diretiva 98/84/CE é aproximar as «disposições, dos Estados-membros relativas a medidas de combate aos dispositivos ilícitos que facultam o acesso não o autorizado a serviços protegidos.»¹⁰²¹ Refira-se que o interesse protegido por esta Diretiva é a remuneração dos prestadores de serviços, e não o conteúdo do serviço em si.

School. Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, p. 113, 2003. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=222493> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.222493>>, acesso aos 25.03.2013.

¹⁰²⁰ *Verbis*: «Artigo 7º Medidas de protecção especiais. 1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, os Estados-membros tomarão medidas adequadas, nos termos das respectivas legislações nacionais, contra as pessoas que pratiquem qualquer dos actos referidos nas alíneas a), b) e c) seguintes: (...) c) Ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais, de meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a protecção de um programa. 2. Qualquer cópia ilícita de um programa de computador poderá ser confiscada nos termos da legislação do Estado-membro em questão. 3. Os Estados-membros poderão prever a apreensão dos meios referidos na alínea c) do nº 1.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14.05.1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>>.

¹⁰²¹ Cf. art. 1.º da Diretiva 98/84/CE relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 98/84/CE relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihtmlang=pt&lng1=pt,pt&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=641535:cs#top>>.

As medidas tecnológicas de proteção quando neutralizadas em sede de aplicação desta legislação comunitária, é definida na alínea e), do seu art 2.º, como um ato de neutralização praticado por um dispositivo ilícito, que implica em «um equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso a um serviço protegido sob forma inteligível sem autorização do prestador do serviço»

E, ainda, a Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, cujo objetivo foi o de implementar o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, enquanto se harmonizava nos Estados-membros a proteção de direitos de autor.

Em concreto, esta Diretiva 2001/29/CE dedica o seu confuso e complicado art. 6.º à proteção das medidas tecnológicas, cuja previsão, consiste na proibição do ato pessoal de neutralização destas medidas tecnológicas, como também das denominadas atividades preparatórias; porém, ao contrário da legislação norteamericana não faz distinção entre as medidas que protegem o acesso às obras e as que protegem os direitos de autor.

O n.º 1, do art. 6.º desta Diretiva proíbi os atos de neutralização, o n.º 2 proíbe dispositivos de neutralização, denominados de atos preparatórios e o n.º 3, define o termo «medidas tecnológicas». Já o n.º 4, deste mesmo dispositivo legal, qualifica a proteção contra os atos de neutralização sob a disciplina do n.º 1, do art. 6., referindo-se à certas exceções e limitações.

Ademais, o n.º 3, do art. 6.º, da Diretiva 2001/29/CE, define que as medidas tecnológicas de proteção como «quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito sui generis previsto no capítulo III da Directiva 96/9/CE»¹⁰²².

Nos termos desta noção, portanto, uma medida tecnológica, consiste numa medida que previne ou restringe atos não autorizados pelos titulares de direitos de autor ou conexos, conforme estabelecido na lei. Assim, dado que o acesso não se configura num exclusivo autoral, estaria este ato permitido. Mas, observe-se para a concretização da cópia, é

¹⁰²² EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

imprescindível primeiro ter acesso à obra. Portanto, também o ato de acesso encontra-se inserido na definição referida numa medida tecnológica.

Note-se, que a exemplo do Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Direitos de Autor, o legislador comunitário, nesta Diretiva 2001/29/CE, refere-se à tecnologia de modo bastante aberto, já que a delimita como «quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes». Todavia, opta por definir o exato propósito das medidas tecnológicas de proteção, que se impõem com o fim de prevenir atos não autorizados pelos titulares de direitos de autor ou conexos.

Entretanto, o referido art. 6.º, da Diretiva 2001/29/CE, não protege a mera «medida tecnológica», deve ela ser «eficaz». Neste mesmo sentido, disciplina o n.º 3, do art. 6.º, que se considera eficaz a medida tecnológica que faculta aos titulares de direitos de autor o controle sobre os atos de utilização da obra ou de outro material protegido «através de um controlo de acesso ou de um processo de protecção, como por exemplo a codificação, cifragem ou qualquer outra transformação da obra ou de outro material protegido, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção»¹⁰²³. Observe-se, assim, que a definição de medidas tecnológicas eficazes, neste dispositivo legal, inclui o controle dos atos de acesso e de cópia da obra protegida pelos direitos de autor¹⁰²⁴.

Frise-se, ainda que o n.º 3, do art. 6.º, da Diretiva 2001/29/CE, requer que a medida para ser eficaz, alcance o seu «objectivo de protecção». Claro está, que a justificativa para este rigoroso teste de eficácia reside no fato de que os titulares de direitos de autor devem fundamentar que a opção por determinada medida tecnológica de proteção, alcança um nível de proteção, suficiente para chegar-se ao objetivo para a qual foram estabelecidas na lei, ou seja, que impossibilitem a prática de atos de neutralização que facilmente contornem as medidas tecnológicas de proteção.

Por isso é que as medidas tecnológicas, com deficiente proteção, ou ainda aquelas cuja proteção seja facilmente neutralizadas ou contornadas, mesmo que acidentalmente, não

¹⁰²³ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰²⁴ Todavia, refira-se que o n.º 3, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, não é muito clara quanto a distinção das espécies de proteção, dispondo que se configuram como medidas tecnológicas eficazes, quando se permite aos titulares de direitos de autor o controle dos atos de utilização «através de um controlo de acesso ou de um processo de protecção»

podem ser objeto de proteção¹⁰²⁵. Assim, a não proteção destas medidas tecnológicas, é o resultado da ineficácia das mesmas, já que não alcançaram o propósito de proteção para o qual foram dispostas em lei¹⁰²⁶.

Quanto aos atos de neutralização, saliente-se que o n.º 1, do art. 6.º, da Diretiva 2001/29/CE, assegura proteção contra os mesmos. Todavia, a particularidade desta previsão, reside no conteúdo da ação do agente que neutraliza uma medida tecnológica de proteção, ou seja, na sua intenção¹⁰²⁷.

Deste modo, o legislador comunitário, na Diretiva 2001/29/CE, considera a aplicação dum regime jurídico diferenciado para os atos de neutralização que considera inocente. Assim, na hipótese do agente neutralizar um mecanismo tecnológico de proteção, que não sabia ou que não tinha qualquer meio para razoavelmente saber que estava a praticar um ato de neutralização, considerado ilícito. Por isso, considerando-se inocente o ato de neutralização da medida tecnológica de proteção, não haverá responsabilidade para o agente nos termos do n.º 1, do art. 6.º desta norma comunitária.

Ademais, a previsão contida no n.º 2 do art. 6.º, da Diretiva 2001/29/CE, estabelece uma proteção dirigida contra os negócios de circulação de tecnologias de neutralização¹⁰²⁸. À semelhança da disciplina do *Digital Millenium Copyright Act*, este dispositivo, em virtude da

¹⁰²⁵ Neste sentido vd. DE WERRA, Jacques. **The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws (Japan, Australia)**. In: Ginsburg, Jane C. *Adjuncts and alternatives to copyright: ALAI Congress June 13-17, 2001, New York, U.S.A. = Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur: Congrès de l'ALAI*. New York, NY: ALAI-USA, 2002. p. 179-279. Disponível em: <<http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/dewerra.doc>>, acesso aos 23.03.2013.

¹⁰²⁶ Contrariamente a esta posição, Ficsor afirma que esta exigência, não implica necessariamente na obrigatoriedade da medida tecnológica ser infalível. FICSOR, Mihály. **The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation**. Oxford; Nova York: Oxford University Press, Incorporated, 2002.

¹⁰²⁷ Leia-se o referido dispositivo: «1. Os Estados-Membros assegurarão protecção jurídica adequada contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico por pessoas que saibam ou devam razoavelmente saber que é esse o seu objectivo.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰²⁸ *In verbis*: «2. Os Estados-Membros assegurarão protecção jurídica adequada contra o fabrico, a importação, a distribuição, a venda, o aluguer, a publicidade para efeitos de venda ou de aluguer, ou a posse para fins comerciais de dispositivos, produtos ou componentes ou as prestações de serviços que: a) Sejam promovidos, publicitados ou comercializados para neutralizar a protecção; ou b) Só tenham limitada finalidade comercial ou utilização para além da neutralização da protecção, ou c) Sejam essencialmente concebidos, produzidos, adaptados ou executados com o objectivo de permitir ou facilitar a neutralização da protecção de medidas de carácter tecnológico eficazes.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

utilização de expressões ambíguas, apresenta uma séria dificuldade de interpretação. Observe que o texto faz referência aos «dispositivos, produtos ou componentes ou as prestações de serviços», «promovidos, publicitados ou comercializados para neutralizar a protecção», ou que «tenham limitada finalidade comercial ou utilização para além da neutralização da protecção».

O art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, no seu n.º 4, apresenta uma proposta em linha com os limites do direito de autor. A disposição contida neste número, tem como objetivo assegurar a posição do utilizador da obra protegida, que é considerada por introduzir uma nova protecção contra a neutralização das medidas tecnológicas de protecção a favor dos titulares de direito de autor¹⁰²⁹.

A referida previsão convida todas as partes interessadas, a exemplo dos titulares de direitos de autor, dos utilizadores e dos terceiros potenciais interessados, como produtores e consumidores de bens eletrónicos, a ajustarem medidas voluntárias, com o fim de assegurar aos utilizadores os benefícios oriundos dos limites dos direitos de autor, expressos nos ordenamentos jurídicos nacionais¹⁰³⁰.

Na verdade, esta previsão delega a tarefa de definir o escopo do direito de autor, bem como os limites deste direito, para os entes privados. O que, aparentemente, demonstra-se como uma boa solução, na medida em que o poder de negociação dos sujeitos envolvidos é muito semelhante. Obviamente, que o risco desta medida, encerra-se no desequilíbrio, que não é desejado, entre os interesses contrapostos nesta hipótese.

Entretanto, apesar do aparente equilíbrio alcançado, todo o sistema põe-se em perigo pela disposição do parágrafo 4, do n.º 4, deste art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, ao estabelecer que

¹⁰²⁹ *Verbis*: «4. Não obstante a protecção jurídica prevista no n.º 1, na falta de medidas voluntárias tomadas pelos titulares de direitos, nomeadamente de acordos entre titulares de direitos e outras partes interessadas, os Estados-Membros tomarão as medidas adequadas para assegurar que os titulares de direitos coloquem à disposição dos beneficiários de excepções ou limitações previstas na legislação nacional, nos termos das alíneas a), c), d), e e) do n.º 2 do artigo 5.º e das alíneas a), b) ou e) do n.º 3 do artigo 5.º, os meios que lhes permitam beneficiar dessa

excepção ou limitação, sempre que os beneficiários em questão tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido em causa.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰³⁰ A exemplo, do titular de direitos de autor que contratualmente impõe condições, a quem não respeita o escopo dos limites conferido aos utilizadores, pela legislação autoral nacional. Com o fim de evitar este resultado, os termos do ajuste sobre as medidas voluntárias, pode ser controlado por um órgão oficial com atribuições definidas para tanto, antes de tornar-se efetiva, no caso da União Europeia, a instância do Comité de Contato, criado nos termos do art. 12.º da Diretiva 2001/29/CE.

os acordos voluntários definem o escopo dos limites de proteção dos direitos de autor, predeterminando as medidas tomadas pelos Estados-Membros, ou seja, definindo que os limites não se aplicam «a obras ou outros materiais disponibilizado ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido»¹⁰³¹.

Como resultado, refira-se que este tipo de uso é hoje o mais importante, senão o único, uso de obras protegidas pelos direitos de autor em ambiente digital, que a efetiva aplicação dos limites do direito de autor pode estar em perigo na Diretiva 2001/29/CE.

O que se verifica, dado que tais medidas não se aplicam para as obras licenciadas em linha, como expressamente determina o comando legal do parágrafo 4, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE que determina a não aplicação das disposições contidas nos parágrafos primeiro e segundo para as obras ou prestações que se tenha colocado à disposição do público mediante condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido¹⁰³².

Outrossim, no que tange a disciplina contida no parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, claramente o legislador comunitário faz referência à cópia privada¹⁰³³, autorizando os Estados-Membros a adotarem medidas favoráveis aos utilizadores, que no âmbito dos limites dos direitos de autor, concretizem atos de reprodução para uso privado.

Ressalte-se, entretanto, que a razão para a disciplina da cópia privada em particular, deve-se à controvérsia entre os Estados-Membro sobre a adoção do tratamento mais adequado para a relação entre as medidas tecnológicas de proteção e a cópia privada digital¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰³² Em termos muito gerais, isso implica em assinalar que está praticamente minada a implementação efetiva dos limites aos direitos de autor, uma vez que o ambiente digital é precisamente o uso mais comum.

¹⁰³³ Leia-se a seguir: «Um Estado-Membro pode igualmente tomar essas medidas relativamente a um beneficiário de uma exceção ou limitação prevista em conformidade com a alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º, a menos que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da exceção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adotarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰³⁴ CASELLATI Alvise Maria. **The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive.** Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, v. 24, p. 369 – 392, 2001, p. 379.

Ou seja, o problema reside em identificar se a cópia privada digital deve ser tratada diversamente da cópia privada analógica. Assim, há quem defenda a adoção para a cópia privada digital de tratamento diverso daquele adotado para a cópia privada analógica. Mas também há quem sustente que o limite à cópia privada digital deveria ser eliminado, tão logo que as efetivas medidas tecnológicas de proteção estabeleçam-se. E, ainda, outros que desejam, a permissão da cópia privada digital, num determinado número, combinada com o esquema de remuneração, a exemplo da possibilidade de limitar-se o número de cópias através das medidas tecnológicas de proteção¹⁰³⁵.

De sorte que, a respeito da cópia privada digital, a previsão contida no parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, «(...) a menos que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da exceção ou limitação em causa (...)», claramente demonstra que a vontade do legislador comunitário, não foi a de proibir a cópia privada digital, ou mesmo a rejeição da existência desta em conjunto com as medidas tecnológicas de proteção.

Ademais, verifica-se, quanto ao tema um regime diverso, adotado pelo o parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, que faz uso da expressão «pode», e aquele estabelecido pelo parágrafo 1, do mesmo dispositivo legal, que de modo peremptório utiliza a expressão «tomarão», para referir o tom da discricionariedade dum Estado-Membro, sobre a adoção de medidas relativas aos sujeito beneficiados pelos limites dos direitos de autor.

Neste sentido no parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, o uso da expressão «pode», indica que os Estados-Membros têm discricionariedade para decidir se implementam ou não o limite da cópia privada nos seus ordenamentos jurídicos nacionais¹⁰³⁶.

Portanto, se uma medida tecnológica de proteção for capaz de prevenir um sujeito que assiste a televisão de gravar um programa com o propósito de realizar *time shifting*¹⁰³⁷, não estará obrigado um Estado-Membro a agir no sentido de coibir esta prática.

¹⁰³⁵ Aparentemente quanto a esta discussão, até o momento, não se chegou a um entendimento uniforme. Cf. CASELLATI Alvise Maria. **The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive**. Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, v. 24, p. 369 – 392, 2001, p. 379.

¹⁰³⁶ HART, Michael. **The Copyright in the Information Society Directive: An Overview**. in European Intellectual Property Review, p. 58 – 62, 2002.

¹⁰³⁷ A expressão *time shifting*, é utilizada para definir o ato de gravação dum determinado programa para uma mídia de armazenamento, com o fim de, posteriormente, fazer uso da cópia, assistindo ou ouvindo num momento mais adequado para o consumidor. Tipicamente referem-se tais obras aos atos de reprodução, a cópia à programação da TV para uso privado, mas também pode destacar-se como programas de rádio via podcast.

Reitere-se, nesta hipótese, que o encargo para um Estado-Membro intervir nos termos do parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, que confere a este um poder discricionário, é menor daquele previsto no parágrafo 1 do mesmo dispositivo legal, que determina uma obrigação imposta.

Destaque-se, também, uma outra limitação na intervenção estatal que diz respeito à impossibilidade de proibir os autores de adotarem medidas tecnológicas adequadas, que limitem ou controlem o número de cópias¹⁰³⁸.

Cumpra-se, ainda, assinalar que o parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, exige respeito à disciplina do art. 5.º, contida na alínea b), do seu n.º 2¹⁰³⁹ e no seu n.º 5, desta mesma norma comunitária, reforçando a limitação da intervenção estatal. Além disso, apesar de todos os limites previstos no n.º 5, deste art. 5.º, inserirem a regra dos três passos, o parágrafo 2, do n.º 4, do art. 6.º, expressamente contem uma referência adicional ao n.º 5, do art. 5.º, a fim de reforçar a importação deste triplo teste¹⁰⁴⁰.

Oportuno, nesta análise, lembrar que a Diretiva 2001/29/CE, no seu considerando 52, garante aos titulares de direitos de autor a possibilidade de cumular as medidas tecnológicas de proteção, mesmo que já tenham firmado com terceiros medidas voluntárias. Exige-se, para tanto, que estas medidas sejam compatíveis com os limites concernentes à reprodução para uso privado, bem como a condição da compensação equitativa¹⁰⁴¹.

WIKIPEDIA. **Time Shifting**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Time_shifting>, consulta aos 12.12.2013.

¹⁰³⁸ A exemplo da tecnologia SMCS – *Serial Copy Management System*, que consiste num sistema de proteção contra cópias digitais, permitindo apenas uma única cópia dos conteúdos gravados em CD, Md ou outro meio digital. Vd. WIKIPEDIA. **Serial Copy Management System**. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Serial_Copy_Management_System>, acesso aos 13.12.2013.

¹⁰³⁹ A alínea b), do n.º do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE, permite que os Estados-Membros limitem o direito de reprodução «em relação à reprodução em papel ou suporte semelhante, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes, com excepção das partituras, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa; »

¹⁰⁴⁰ Frise-se, sobre a regra deste triplo teste, que a previsão do n.º 5, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE é muito semelhante ao que disciplina o n.º 2, do art. 9.º na Convenção de Berna. Leia-se: «5. As excepções e limitações contempladas nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰⁴¹ *Verbis*: «Ao aplicarem uma excepção ou limitação em relação às reproduções efectuadas para uso privado, de acordo com o n.º 2, alínea b), do artigo 5.º, os Estados-Membros devem igualmente promover a utilização de medidas voluntárias que permitam alcançar os objectivos dessa excepção ou limitação. Se, dentro de um prazo razoável, não tiverem sido tomadas essas medidas voluntárias a fim de assegurar a possibilidade de fazer reproduções para uso privado, os Estados-Membros poderão tomar medidas que permitam aos beneficiários fazerem uso das referidas excepções ou limitações. As medidas voluntárias tomadas pelos titulares de direitos,

Em linha com o que defende Caselatti, sobre o primeiro passo de triplo teste, o limite da cópia privada digital pode ser contestado com fundamento de que este não se reputa um caso especial, pois, não se justifica n âmbito da ordem pública ou em circunstâncias especiais¹⁰⁴². Já sobre segundo e o terceiro passo, assinala-se que quanto mais fortemente a cópia privada digital for limitada pelo uso da tecnologia, e quanto maior for o montante da compensação paga, maior é a possibilidade que este limite passe por este agrupamento dos dois últimos passes da regra.

Neste sentido, se um limite à cópia privada previsto por um Estado-Membro não consiga passar pela regra de três passos, tal limite deve ser assumido como nulo ou sem efeito. Assim, na senda do entendimento de Caselatti, parece que o âmbito de liberdade dos Estados-Membros para estabelecerem limites à cópia privada digital é de fato bastante limitado¹⁰⁴³.

Note-se que adicionalmente a este procedimento de regulação privada, estabelecido pelo n.º 4, do art. 6.º, da Diretiva 2001/29/CE, convém destacar que o art. 12 deste mesmo diploma legal comunitário determina que a cada período de três anos, deve a Comissão apresentar ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da Diretiva. Este relatório deve analisar, especialmente, se o art. 6.º «confere um nível de protecção suficiente e se os actos permitidos por lei estão a ser afectados negativamente pela utilização de medidas de carácter tecnológico efectivas»¹⁰⁴⁴.

Cabe, também, acentuar que o n.º 1, do art. 12.º, da Diretiva 2001/29/CE, do mesmo modo estabelece que a Comissão, sempre que se fizer necessário para o funcionamento do mercado interno, deve apresentar propostas de alteração à Diretiva.

incluindo os acordos entre titulares de direitos e outras partes interessadas, bem como as medidas tomadas pelos Estados-Membros, não impedem os titulares de direitos de utilizar medidas tecnológicas que sejam compatíveis com as excepções ou limitações relativas às reproduções para uso privado previstas na legislação nacional nos termos do n.º 2, alínea b), do artigo 5.º, tendo presente a condição da compensação equitativa prevista nessa disposição e a possível diferenciação entre várias condições de utilização nos termos do n.º 5 do artigo 5.º, como, por exemplo, o controlo do número de reproduções. A fim de evitar abusos na utilização dessas medidas, as medidas de protecção de natureza tecnológica aplicadas em sua execução devem gozar de protecção jurídica.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰⁴² CASELLATI Alvise Maria. **The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive.** Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, v. 24, p. 369 – 392, 2001, p. 383-385.

¹⁰⁴³ CASELLATI Alvise Maria. **The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive.** Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, v. 24, p. 369 – 392, 2001, p. 383-385.

¹⁰⁴⁴ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

Destaque-se, ainda, a previsão contida no n.º 3, do art. 12.º do mesmo diploma comunitário, ora em análise, que determina a criação dum «Comité de Contacto», cuja principal tarefa a cumprir é «funcionar como um fórum de avaliação do mercado digital das obras e dos outros objectos, incluindo a cópia privada e a utilização de medidas técnicas»¹⁰⁴⁵.

Adverta-se, que este permanente sistema de monitoramento sobre o impacto da Diretiva 2001/29/CE, pode ser comparado com o procedimento de regulação realizado pelo *Digital Millenium Copyright Act*. Razão para tamanha comparação é que este diploma norteamericano apresenta uma função bastante semelhante, com o propósito de estabelecer o equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e dos utilizadores.

A Austrália também modificou a sua legislação de direito de autor para adaptá-la ao novo ambiente tecnológico e segue em termos gerais o esquema básico estabelecido pelo *Digital Millennium Copyright Act*, trazendo algumas novidades em matéria de regulação das medidas tecnológicas¹⁰⁴⁶. Note-se que a regulamentação das medidas tecnológicas de proteção pela legislação australiana de direitos de autor apresenta uma definição bastante semelhante às leis até então estudadas; porém não faz distinção entre as medidas que controlam o acesso e as que protegem os direitos de autor.

Mais, a previsão, na legislação australiana de direitos de autor, sobre a tecnologia de neutralização também se encontra regulada de modo semelhante, já que somente inclui aqueles dispositivos ou serviços cujo único ou principal objetivo de uso seja neutralizar as medidas tecnológicas.

Diferentemente do Digital Millennium Copyright Act e da Diretiva 2001/29/CE, a legislação australiana de direitos de autor não proíbe o ato de neutralização em si mesmo, mas apenas as atividades preparatórias.

Porém, o mais curioso deste diploma interno é o seu sistema de garantia dos limites e exceções ao direito de autor, com a sua ideia de «propósito permitido». É assim, que a legislação autoral australiana permite a fabricação e o fornecimento de dispositivos e serviços

¹⁰⁴⁵ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰⁴⁶ Note-se que a última alteração da legislação autoral australiana ocorrera recentemente, em 15.04.2012. Vd. AUSTRÁLIA. **Copyright Act 1968. Act n.º 63/1968, emendado pelo Act n.º. 169/2012. Compilação em 20.12.2012**. Disponível em <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00007/Html/Text#_Toc344990229>. Para um histórico das alterações que legislação autoral deste Estado sofrera até então consulte ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Austrália. Lei de 1968 sobre Direitos de Autor (versão consolidada em 20.12.2012)**. Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=11677>>.

de anti-neutralização no caso da utilização compreender um «propósito permitido»¹⁰⁴⁷. Este propósito identifica sempre que a utilização diz respeito à algumas das limitações legais aos direitos de autor, como, por exemplo, a cópia de programas de computador para tornar produtos interoperáveis, para corrigir erros ou para testes de segurança, a cópia lícita realizada pelas bibliotecas, arquivos, instituições de ensino, etc.

De qualquer sorte, em termos gerais, não se pode realizar uma valoração muito favorável destas leis, brevemente comentadas, especialmente sobre o *Digital Millennium Copyright Act* e a Diretiva 2001/29/CE, já que conduzem a uma excessiva proteção dos direitos de autor em detrimento dos direitos dos utilizadores; obstando as utilizações autorizadas e aquelas realizadas no escopo dos limites do direito de autor.

Sem dúvida, comparativamente, até então, a legislação autoral australiana é a que merece ser valorada de forma mais positiva, já que graças ao seu original sistema de limites, alcança um melhor equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos¹⁰⁴⁸.

De qualquer sorte, cumpre-se, ainda, investigar se toda e qualquer medida irá alcançar o regime de proteção jurídica conferido pela lei¹⁰⁴⁹. Melhor, é preciso adequar a proteção jurídica ao propósito técnico para o qual estas medidas foram criadas; evitando-se assim distorções no sistema, conforme o já anteriormente analisado.

Todavia, antes de enfrentar o tema, convém esclarecer quais são os elementos desta proteção. Assim, faz-se necessário estudar o objeto da proteção, a intenção do agente, bem como o âmbito de proteção, verificando-se por fim a possibilidade de reflexo desta proteção conferida às medidas tecnológicas com o limite da cópia privada.

Sobre o objeto da proteção, aponte-se que os ordenamentos jurídicos dum modo geral revelam que este pode compreender toda e qualquer medida tecnológica eficiente. Por isso, importante

¹⁰⁴⁷ Vd. Seção 116AN, da Divisão 2A, da Parte V da lei autoral australiana. AUSTRÁLIA. **Copyright Act 1968. Act n.º 63/1968, emendado pelo Act n.º. 169/2012. Compilação em 20.12.2012.** Disponível em <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00007/Html/Text#_Toc344990229>.

¹⁰⁴⁸ FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. e PEIS, E. **The moral rights of authors in the age of digital information.** Journal of the American Society for Information Science and Technology, v. 52, n. 2, p. 109-117, 2001.

¹⁰⁴⁹ Lessig chega mesmo a defender a interação entre os aspectos técnicos e jurídicos, cujo nível de relação, deve ainda ser mais elevado no ambiente digital. LESSIG, Lawrence. **The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach.** Hard Law Review, v. 113, pp. 501-519, 1999.

é decifrar juridicamente o que se entende por medida tecnológica e consequentemente a delimitação das eficientes medidas¹⁰⁵⁰.

Este foi, inclusive, um cuidado tomado pelo legislador português no seu art. 217.º, refletindo o espírito da Diretiva 2001/29/CE no n.º 3 do seu art. 6.º¹⁰⁵¹; que todavia, não observou o problema que criou ao não distinguir as medidas de controle das medidas de acesso. Na verdade, a proteção jurídica apenas deveria recair sobre as medidas de controle de cópia, pois são estas que impedem ou restringem a reprodução da obra. Para as medidas de controle de acesso, portanto, não se deveria ter outorgado a proteção legal; uma vez que este controle não representa um exclusivo autoral.

Ademais, equivocou-se o legislador português no momento da transposição da Diretiva 2001/29/CE, por isso a previsão portuguesa no seu art. 217.º refere-se a atos não autorizados pelo titular do direito¹⁰⁵². O referido texto comunitário define as medidas de carácter tecnológico como toda aquela destinada «a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito *sui generis* previsto no capítulo III da Directiva 96/9/CE.»¹⁰⁵³

Sem embargo o titular do direito de autor apenas poderá impedir ou restringir estes atos quando consubstanciem o exercício de direitos que lhe tenham sido previamente outorgados

¹⁰⁵⁰ Esta é a redação disposta no art. 217.º do Código de Direitos de Autor e Conexos português que dispõe sobre medida eficaz de carácter tecnológico. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

¹⁰⁵¹ Assim dispõe a Diretiva 2001/29/CE: «(...) As medidas de carácter tecnológico são consideradas «eficazes» quando a utilização da obra ou de outro material protegido seja controlada pelos titulares dos direitos através de um controlo de acesso ou de um processo de protecção, como por exemplo a codificação, cifragem ou qualquer outra transformação da obra ou de outro material protegido, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção.» EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰⁵² Assim dispõe expressamente o n.º 2 do art. 217.º da legislação autoral portuguesa «entende-se por «medidas de carácter tecnológico» toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizados pelo titular dos direitos de propriedade intelectual.» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

¹⁰⁵³ Cf. a previsão do n.º 3, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

por lei. O que alarga a compreensão da Diretiva 2001/29/CE, já que aparentemente confere-se ao titular do direito um poder imperativo, que em teoria permitir-se-ia aferir da licitude do ato.

Observe-se que o legislador português, na verdade, pretendeu atender com o uso das medidas tecnológicas tanto a proteção no mundo analógico, como no ambiente digital. Enquanto no ambiente analógico a posse do suporte aduz propriedade, no ambiente digital o uso das medidas tecnológicas destinar-se-ia ao controle de acesso à obra.

Claramente, trata-se duma posição equivocada, pois o acesso consubstancia-se apenas num meio de exercer o direito e nalguns casos de facilitar a circulação da obra no comércio, portanto não pode corresponder ao exercício dum exclusivo autoral, escapando assim da sua esfera de proteção.

Registre-se para além disso que a restrição do acesso à obra num determinado protocolo, ou seja, num formato específico que somente pode ser executado numa plataforma tecnológica particular, não se apresenta de todo razoável a defesa de controle sobre os atos de acesso à obra num determinado formato.

Assim, restringir o acesso a determinada obra, por exemplo que circula num formato .jpg ou .pdf, não corresponde a um direito exclusivo, mas sim a um rigor de funcionalidade técnica que foi imposto. Portanto impedir o utilizador de transferir uma imagem do formato jpg para pdf, não confere uma proteção acrescida à imagem em si. Nesta ordem de ideias, na verdade, criam-se monopólios não desejáveis de operações nos diversos formatos.

Oportuno faz-se ainda destacar, portanto, que uma medida tecnológica será todo o mecanismo que tem por objetivo «impedir ou restringir actos relativos a obras»¹⁰⁵⁴ entendidas estas como as criações intelectuais às quais é outorgada proteção ao nível do direito de autor.

Certo é, neste sentido, que uma medida tecnológica aposta numa obra não protegida, seja ela não meritória de proteção *ab initio*, como por exemplo, o caso de «notícias do dia e (...) relatos de acontecimentos diversos com carácter de simples informações de qualquer modo divulgados»¹⁰⁵⁵ ou tenha ela enfrentado resultado não protegido, pois por exemplo caiu em

¹⁰⁵⁴ Previsão contida no n.º 2 do art. 217.º da legislação autoral portuguesa. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

¹⁰⁵⁵ Previsão contida na alínea a, do n.º 1, do art. 7.º da lei autoral portuguesa. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

domínio público, não sendo cabível na definição legal de medida tecnológica objeto da proteção, pode, como tal, ser neutralizada sem qualquer sanção civil.

Pondere-se, que se deve entender por medida tecnológica eficaz aquela destinada a proteger a obra protegida pelo direito de autor, construindo-se a sua estrutura técnica de modo a garantir, razoável e proporcionalmente, este objetivo de proteção da criação intelectual. O que implica aduzir que será eficaz a medida tecnológica que exercer alguma espécie de controle sobre o uso da obra protegida e, ainda, impedir a sua neutralização por um utilizador médio.

O legislador comunitário sobre o tema foi mais além do que o português, já que acrescentou à noção de medida tecnológica eficaz a previsão de que não deverá esta «impedir o funcionamento normal dos equipamentos electrónicos e o seu desenvolvimento tecnológico»¹⁰⁵⁶.

Cuidando agora da intenção do agente que corresponde ao elemento subjetivo do problema, cabe indagar se a ação do sujeito que neutralizou o mecanismo tecnológico de proteção é dolosa ou não¹⁰⁵⁷. Ou seja, verificar se o agente desconhecia ou não que a sua ação compreendeu um ato de neutralização duma medida tecnológica de proteção.

De qualquer sorte, apresenta-se inteiramente desproporcional as sanções aplicadas para quem realiza o ato de neutralização, independentemente da análise sobre a sua intenção; já que a consequência destas para o utilizador, beneficiário dos limites que a lei outorga, é a impossibilidade do exercício da garantia da cópia privada.

O efeito destas medidas é duma gravidade extrema, já que para além da técnica jurídica não ter sido arrazoada, como fez por exemplo o legislador australiano no seu texto autoral ao prever exceções às mesmas, exclui completamente o exercício das limitações garantidas pela

¹⁰⁵⁶ Conforme disciplina o seu considerando 48. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Sobre esta particularidade da legislação comunitária vd. DUSOLLIER, Séverine. **Dusollier, Séverine, Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres.** Bruxelles: Larcier, 2005, pp. 138-140.

¹⁰⁵⁷ Esta análise mostra-se importante especialmente no ordenamento jurídico português dado a previsão do art. 218.º, que regulamenta penalmente a matéria, leia-se: «ARTIGO 218º Tutela Penal. 1 — Quem, não estando autorizado, neutralizar qualquer medida eficaz de carácter tecnológico, sabendo isso ou tendo motivos razoáveis para o saber, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 100 dias. 2 — A tentativa é punível com multa até 25 dias.»v PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal.** Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

lei¹⁰⁵⁸. Trata-se duma afronta que deve ser apagada de imediato do ordenamento jurídico, em especial o português, em virtude da sua índole penal.

Quanto ao âmbito de proteção das medidas tecnológicas, esclareça-se que o mesmo ocupa-se por um lado em proibir os atos de neutralização de tais medidas e por outro em sancionar os atos preparatórios, que poderão consubstanciar-se numa infração¹⁰⁵⁹. Refira-se, que a punição aos atos preparatórios encontra-se aberta tão-somente para aqueles que tenham finalidade comercial; autorizando-se, portanto, os atos de natureza privada.

Observe-se que a adoção duma proteção legal para as medidas tecnológicas apresenta inúmeros fundamentos, inclusive alguns justificados no próprio conteúdo de proteção do direito de autor. Assim, cumpre-se apenas identificar os que se reputam mais importantes e relevantes para a problemática desta investigação¹⁰⁶⁰.

Aponte-se, por conseguinte, a proteção conferida pelo direito de propriedade reconhecida constitucionalmente¹⁰⁶¹, pois que permite excluir da proteção das medidas tecnológicas inseridas no bem intelectual não protegido, como por exemplo, aquele de domínio público. Portanto, se existe propriedade privada a ser protegida, a medida tecnológica encontra-se carente de fundamento, permitindo-se a sua neutralização, sem afronta à lei.

Podem as medidas tecnológicas compreenderem-se, também, como uma tutela preventiva, ou seja, antecipando uma proteção anteriormente à consumação da violação do exclusivo autoral; como, ainda uma proteção da liberdade da empresa e da iniciativa econômica.

¹⁰⁵⁸ Neste mesmo sentido vd. ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens**. in Direito da Sociedade da Informação, vol. VIII, APDI/Coimbra Editora, 2009, p. 10. Sobre o tema vd. ainda a intervenção do autor no Seminário Internacional sobre Direito Autoral. ASCENÇÃO, José de Oliveira. Anais do Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura Seminário Internacional sobre Direito Autoral Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2008.

¹⁰⁵⁹ Conforme a previsão do art. 219.º da legislação autoral portuguesa e o comando do n.º 2, do art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE.

¹⁰⁶⁰ Nesta investigação a proposta de análise dos fundamentos das medidas tecnológicas segue a compreensão de Ana Ramalho, para quem a utilização das medidas tecnológicas de proteção compreende «uma forma de diminuir os custos de evitar violações do direito». É assim que a autora preocupa-se em estudar os «benefícios da sobreproteção conferida pelo regime legal» que se compreendem entre o crescimento do mercado, a possibilidade de discriminação de preços, a diminuição dos custos de transação e a possível diminuição do preço da obra. Ademais, estuda a autora as «vantagens de uma subproteção», identificando-as como liberdade das obras no domínio público, liberdade de mercado, equilíbrio entre o caráter público e privado do bem intelectual, possível obstáculo ao aumento do preço da obra, falibilidade das medidas tecnológicas e imperfeição contratual. RAMALHO, Ana. **Análise Económica da Proteção das Medidas Tecnológicas no Direito de Autor: Uma Visão Portuguesa**. Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão. pp. 107-133. v. 3. Set– Dez/2011, p. 116 e p. 117 e ss.

¹⁰⁶¹ LOPES, Juan Marin. **La Copia Privada Frente a las Medidas Tecnológicas de Protección**. P.E.I. Revista de Propiedad Intelectual, n.º 20, pp. 9-76, Mai.- Ag./2005

Todavia, apresenta-se crucial para o deslinde do problema em causa entender se a proteção conferida pela lei para as medidas tecnológicas superam a proteção garantida à cópia privada¹⁰⁶².

Evidentemente que a Diretiva 2001/29/CE contribuiu de sobremaneira para a discussão deste problema, pois diante da necessidade de regulamentar os novos atos de reprodução, decorrentes do imperativo das novas tecnologias, acabou por reforçar a proteção do exclusivo¹⁰⁶³. Em passos ainda mais largos, como já referido andou o legislador português, que trouxe a proteção penal para garantir a manutenção da medida tecnológica de proteção¹⁰⁶⁴.

Frise-se que a previsão da proteção das medidas tecnológicas na Diretiva 2001/29/CE deixou a cargo de cada um dos Estados-membros a responsabilidade por determinar o âmbito de proteção da mesma, respeitando-se os limites internos estabelecidos ao exclusivo autoral. Assim, cabe a regulamentação das medidas tecnológicas salvaguardando o limite da cópia privada a cada um dos Estados-membro. Por isso, dado este alargamento de espaço, para o reforço da proteção do exclusivo, pela proteção legal das medidas tecnológicas, para muitos autores encerram o surgimento dum novo direito de exclusivo¹⁰⁶⁵.

Neste sentido, anote-se a curiosa solução dada pelo legislador autoral português no n.º 3, do seu art. 221.º, como medida de conferir superioridade jurídica ao limite da cópia privada sobre as medidas tecnológicas de proteção. Ou seja a legislação portuguesa seguindo o comando da Diretiva 2001/29/CE em respeitar os limites legais ao direito de autor, criou uma situação no mínimo constrangedora.

Assim, todas as vezes que o utilizador pretender neutralizar uma medida tecnológica de proteção deverá socorrer-se ao IGAC - Inspeção Geral das Actividades Culturais solicitando a devida autorização, pois demonstra «que uma medida eficaz de carácter tecnológico impede ou restringe o uso ou a fruição de uma utilização livre por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido».

¹⁰⁶² Reputa-se necessária esta análise para compreender se existe afetação do exercício da garantia da cópia privada como limite pelo direito de autor que confere proteção jurídica às medidas tecnológicas de proteção.

¹⁰⁶³ Vd. arts. 5.º e 6.º da Diretiva 2001/29/CE. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

¹⁰⁶⁴ Vd. art. 218.º do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos português. PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal.** Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

¹⁰⁶⁵ Cf. BALKIN, Jack M. **Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society.** New York University Law Review, v. 79, pp. 1-58, n.º 1, Abr./2004.

Sem embargo, esta solução é extremamente desproporcional e desarrazoada. Imagine o constrangimento do utilizador ser obrigado a dirigir-se à este organismo da administração para demonstrar que foi presenteado no Natal com um DVD adquirido pela sua tia-avó em Paris, numa das lojas da FNAC, mas que não disponibiliza de equipamento adequado para a leitura deste suporte físico que contém um mecanismo tecnológico de proteção e, por isso necessita do original que espera lá ter sido depositado! Claro está, completo absurdo lógico e jurídico, outra não pode ser a qualificação para esta solução legal¹⁰⁶⁶.

O desequilíbrio da solução é frontal, pois enquanto os titulares de direitos de autor podem livremente fazer uso dos mecanismos tecnológicos de proteção, os utilizadores apenas poderão realizar atos de cópia para uso privado mediante a atuação de terceiros, neste caso do IGAC - Inspecção Geral das Actividades Culturais; pois, impedidos estão de neutralizar a tecnologia.

Sem dúvidas, é de fundamental importância uma revisão da legislação, neste particular, para que se possa restaurar o equilíbrio desejado entre interesses público e privado nas relações autorais.

Esta medida de reequilíbrio é possível mesmo ao nível da Diretiva 2001/29/CE, já que esta garante a cada Estado-membro a adoção de medidas que visam o respeito aos limites do direito de autor. Assim, a transposição desta Diretiva deveria adotar a medida obrigatória aos titulares do direito de autor de respeito ao limite da cópia privada. O fundamento desta obrigação encontra-se na disposição do Considerando 51 do referido texto comunitário que determina a aplicação da proteção jurídica das medidas tecnológicas sem prejuízo da ordem pública, remetendo-se ainda à disciplina do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁶ Vd. relato semelhante, divulgado no blog de Paula Simões. SIMÕES, Paula. **As minhas aventuras no reino do IGAC**. Disponível em <<http://paulasimoesblog.wordpress.com/2008/09/25/as-minhas-aventuras-no-reino-da-igac/>>, acesso aos 23.10.2009. E ainda SIMÕES, Paula. **As minhas aventuras no reino do IGAC II**. Disponível em <<http://paulasimoesblog.wordpress.com/2008/10/07/as-minhas-aventuras-no-reino-da-igac-ii/>>, acesso aos 23.10.2009.

¹⁰⁶⁷ EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

De qualquer sorte, independentemente desta alteração legal, a superioridade do limite da cópia privada interpreta-se claramente, uma vez que não se admite a substituição da proteção legal desta pela proteção técnica das medidas tecnológicas¹⁰⁶⁸.

Caso bastante peculiar é o da legislação brasileira que não adotou o Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, mas incluiu na última reforma da sua legislação autoral, que data de 1996, no seu art. 107, a regulação das medidas tecnológicas.

No que diz respeito à legislação autoral brasileira, os incisos I e II do seu art. 107, proibem a alteração, supressão, modificação ou inutilização dos dispositivos técnicos utilizados para evitar ou restringir a cópia ou a comunicação ao público das obras protegidas¹⁰⁶⁹.

Claramente, deflagra-se do conteúdo da legislação autoral brasileira que esta somente protege as medidas tecnológicas que controlam a cópia e a comunicação pública das obras protegidas pelo direito de autor; deixando de lado a proteção das medidas tecnológicas de acesso.

Ademais, frise-se, que o legislador brasileiro não apresenta qualquer noção do que se compreende como medidas tecnológicas de proteção, inclusive, não utiliza esta denominação, nomeando-as como «dispositivos técnicos».

Registre-se, ainda que a regulação na lei autoral brasileira destes dispositivos técnicos cinge-se a definir quais são os atos que o utilizador da obra protegida está impedido de realizar quando deseja realizar uma cópia da obra na qual se inseriu dispositivo técnico. Portanto, como não prevê mecanismo para enfrentar o conflito entre a proteção tecnológica e a fruição dos limites do direito de autor, é bastante incompleta.

Na verdade, o legislador brasileiro, acaba por criar uma contradição no regime jurídico autoral. Pois ao não estabelecer nenhum mecanismo que solucione o conflito entre a proteção dos dispositivos técnicos e os limites do direito de autor, acaba por contrariar o regime de

¹⁰⁶⁸ É o que também defende também Ana Ramalho. Cf. RAMALHO, Ana. **Análise Económica da Proteção das Medidas Tecnológicas no Direito de Autor: Uma Visão Portuguesa**. Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão. pp. 107-133. v. 3. Set– Dez/2011.

¹⁰⁶⁹ *Verbis*: «Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; (...)». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

utilização livre previsto na lei e impede a prática de atos legítimos de utilização da obra para uso privado.

Sem embargo, o art. 107 da lei autoral brasileira frontalmente contraria a previsão dos limites do direito de autor estabelecidos nesta norma. Equívoco, que deve ser de pronto corrigido, pois introduz um grande desequilíbrio em face do exclusivo autoral e a fruição, pelos utilizadores de obras protegidas pelo direito de autor, dos limites aos direitos de autor¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁷⁰ Refira-se que o projeto de alteração da lei autoral brasileira, reconhecendo o desequilíbrio entre o exclusivo autoral e a fruição dos limites aos direitos de autor, propõe a alteração deste art. 107, de modo a garantir os limites ao direito de autor. Inclusive determinando a aplicação de sanção a todo aquele que dificultar ou impedir os usos permitidos. Leia-se a proposta de alteração do art. 107: «§1.º Incorre na mesma sanção, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, quem por qualquer meio: a) dificultar ou impedir os usos permitidos pelos artigos 46, 47 e 48 desta Lei; ou b) dificultar ou impedir a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público. § 2.º O disposto no caput não se aplica quando as condutas previstas nos incisos I, II e IV relativas aos sinais codificados e dispositivos técnicos forem realizadas para permitir as utilizações previstas nos artigos 46, 47 e 48 desta Lei ou quando findo o prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.» BRASIL. **Projeto de lei que altera e acresce dispositivos à Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm>.

4.4 A cópia privada digital e as medidas adotadas como resposta gradual

Nesta seção cumpre-se analisar a adequação das medidas adotadas como resposta gradual aos atos de reprodução no ambiente digital, em especial os atos de *download* e *upload* realizados no âmbito das redes de compartilhamento. Na verdade, a intenção é demonstrar como os Estados cedendo às pressões da indústria cultural vem solucionando o problema do equilíbrio necessário entre os interesses que se encontram num mesmo ambiente de liberdade para reprodução.

O resultado destas pressões é o aumento da produção legislativa com o fim de recrudescer a segurança da internet, sempre ancorado no legítimo interesse de combate à disseminação de conteúdos ilícitos colocados à disposição do público na rede.

Ressalte-se que este movimento legislativo perpassa por inúmeras medidas que prometem a tutela dos interesses dos autores através de medidas de combate que vão desde ao corte de acesso do utilizador à internet, até a solução extrema da pena privativa de liberdade, para quem for flagrado a compartilhar obra protegida sem a devida autorização.

Assim, nesta seção realizar-se-á o confronto entre as soluções adotadas por alguns diplomas legais nacionais e a cópia realizada para uso privado. Na verdade, o que se pretende é investigar se uma regulação desta natureza é compatível com os fundamentos legais e constitucionais da cópia privada.

Uma das primeiras produções legislativas na matéria foi a *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*¹⁰⁷¹, alcunhada de «Lei HADOPI»¹⁰⁷² e também conhecida como Lei «Criação e Internet». Esta lei alterou a legislação autoral francesa, criando uma autoridade administrativa com o fim de vigiar e punir os atos de *download* e *upload* de arquivos na rede, intitulado-se tais atos de troca de arquivos ilegais na rede¹⁰⁷³.

¹⁰⁷¹ Ou seja, Lei 2009-669, de 12.06.2009, que favorece a divulgação e a proteção da criação na Internet.

¹⁰⁷² HADOPI corresponde às siglas da *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet*, ou seja, Alta Autoridade para a Divulgação das Obras e a Proteção dos Direitos na Internet criou-se uma autoridade pública independente, com personalidade jurídica, unicamente destinada a supervisionar o cumprimento da Lei n.º 2009-699 de 12.06.2009. Apenas a título de curiosidade, refira-se que a proposta desta Lei, partiu duma iniciativa do então presidente executivo da FNAC, Dennis Olivennes. Vd. o texto integral da referida lei, que altera dispositivos da legislação autoral francesa em FRANÇA. **Lei n.º 2009-669, de 12.06.2009, que favorece a divulgação e a proteção da criação na Internet.** Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=87756487D348F668BF43CA2ACAEAD9CF.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000020735432&dateTexte=20130425>.

¹⁰⁷³ Para um estudo sobre a Lei HADOPI vd. VAZ, Sónia Queiroz. **A nova legislação francesa sobre obrigações dos ISP's quanto à retenção dos dados dos infractores e o respeito dos direitos de propriedade intelectual.** In Lusíada. Direito. Série II, n. 7. Lisboa: Editora Universidade Lusíada, 2010, pp. 237 e ss.

Aliás o texto inicial da Lei HADOPI fora bastante ilustrativo do nível de endurecimento das medidas de combate aos atos de compartilhamento de arquivos em rede; pois fundamenta o surgimento da lei com a necessidade de encerrar a «hemorragia de obras culturais na internet», fomentando a criação e ao desenvolvimento cultural nas novas redes de comunicação¹⁰⁷⁴.

Observe-se, no entanto, que as discussões sobre o fortalecimento de medidas como estas que foram adotadas iniciou-se no ano de 2007, com o crescimento das redes de compartilhamento que utilizavam programas diversos.

No texto inicial da Lei HADOPI disciplina-se que os titulares de direitos de autor devem colaborar de perto com os agentes públicos fiscalizadores devidamente habilitados, nas atividades de combate à contravenção, identificando na rede os usos de ferramentas para o compartilhamento e o armazenamento ilícito de bens culturais tutelados pelo direito de autor.

Assim, propõe que os titulares de direitos de autor socorram-se dos serviços das instituições especializadas na identificação de endereços, contendo os protocolos da internet (IP), das máquinas que realizam ilicitamente na rede o compartilhamento e o arquivamento de conteúdos protegidos pelo direito de autor¹⁰⁷⁵.

Note-se que a lei ainda determina a autorização para que os seus agentes obtenham junto dos operadores de comunicações eletrônicas, informações diversas, necessárias para a coleta da identidade, endereço postal e eletrônico, contatos telefônicos, dos utilizadores cadastrados em sua base de dados¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ FRANÇA. République Française et Ministère de la Culture et de la Communication. **Projet de Loi: Favorisant la Diffusion et la Protection de la Création sur Internet**. 20.06.2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf>>, acesso em 23.04.2010.

¹⁰⁷⁵ Neste mesmo sentido, no início, já determinava o Projeto da Lei HADOPI. FRANÇA. République Française et Ministère de la Culture et de la Communication. **Projet de Loi: Favorisant la Diffusion et la Protection de la Création sur Internet**. 20.06.2008, p. 19. Disponível em: <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf>>, acesso em 23.04.2010.

¹⁰⁷⁶ Na verdade, após a recepção duma queixa prévia sobre um ato de violação de direitos de autor, a Alta Autoridade notifica o prestador intermediário de serviços de acesso, no sentido deste obrigatoriamente fornecer as informações, que tem em seu poder, sobre o utilizador, titular da conta de acesso à rede utilizada para a prática ilegal de compartilhamento de arquivos protegidos pelo direito de autor. Observe-se, que a exigência dum Estado-membro impor ao prestador intermediário de serviços na rede a obrigação do armazenar nas suas bases de dados as informações necessárias à identificação do autor do conteúdo ilícito fora prevista pela Diretiva sobre comércio Eletrônico, nos termos do n.º 2, do seu ar. 15.º. Vd. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, electrónico, no**

Ressalte-se, que a intenção era o acesso à estas informações com o fim de franquear à Alta Autoridade para a Difusão das Obras e a Proteção dos Direitos na Internet (HADOPI) o envio aos utilizadores das redes de compartilhamento um aviso prévio advertindo-os sobre a ilicitude dos seus atos de download e de upload. Neste aviso esta autoridade administrativa informa aos utilizadores das sanções possíveis em caso de persistência da ação de compartilhamento ilegal.

A fiscalização efetuada pelos agentes da Alta Autoridade em conjunto com a vigilância exercida pelos fornecedores de acesso à internet e o subsequente envio de mensagens contendo as advertências aos utilizadores que fossem flagrados no ato de compartilhamento não autorizado foi denominada pela Lei HADOPI de resposta gradual¹⁰⁷⁷.

Desta sorte, na hipótese do utilizador, num prazo de seis meses contados a partir da data de envio do primeiro aviso¹⁰⁷⁸, ser novamente flagrado em atos de compartilhamento ilegal, a Lei HADOPI autoriza a comissão da Alta Autoridade decidir pelo envio dum segundo aviso. Neste segundo aviso a referida lei obriga a Alta Autoridade a fazer prova da data do mesmo e ainda de que este fora recebido sob a assinatura do próprio utilizador flagrado a realizar atos de compartilhamento ilegal.

Após este segundo aviso se o utilizador novamente reincidir na prática ilegal de compartilhamento a Lei HADOPI estabelece como sanção a suspensão do acesso do utilizador à internet. Ou seja, se o utilizador novamente for flagrado compartilhando arquivos protegidos pelo direito de autor, sem a devida autorização, dentro do prazo dum ano a contar da data segunda notificação, a Alta Autoridade instaura um procedimento criminal contra o mesmo, no qual o tribunal poderá impor como pena acessória a suspensão do acesso do titular à internet por um período de 3 meses a 1 ano¹⁰⁷⁹.

mercado interno. Directiva sobre comércio eletrônico. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

Em França essa obrigação surgiu precisamente com a Lei HADOPI. Esta obrigação foi transposta em Portugal, como já referido, e resulta do disposto pelo Regime Jurídico do Comércio Eletrónico, Lei n.º 7/2004, na alínea b), do seu art. 13.º.

¹⁰⁷⁷ Trata-se dum procedimento sustentato numa “resposta gradual” que é realizado em três passos, numa analogia à regra de três passos do sistema de fair use. Este procedimento ficou conhecido internacionalmente como “three strikes and you’re out”, ou seja “três passos e você estará fora”. EDWARDS, Lilian. **The fall and rise of Intermediary Liability Online**. In EDWARDS, Lilian; WAELE, Charlotte (coord.). *Law and the Internet*. 3.ª ed. E.U.A.: Hart Publishing. 2009, p. 82.

¹⁰⁷⁸ A Alta Autoridade envia por e-mail o aviso ao utilizador informando-o sobre a sua prática ilícita de compartilhamento.

¹⁰⁷⁹ A proposta desta lei já determinava que para além do corte o utilizador era obrigado a continuar vinculado ao contrato de prestação de serviços de acesso à rede com o provedor, o que implica dizer obrigado a pagar pelo

Os efeitos desta decisão penal alcançam ainda os prestadores intermediários de serviços em rede, no caso os provedores de acesso à internet. Estes prestadores intermediários de serviços que celebraram contrato com o utilizador condenado são obrigados por esta decisão penal a efetuar o corte do acesso à internet do seu cliente, durante o período de interdição que o tribunal houver decidido.

Sem embargo a decisão referida alcança a relação contratual alheia, estabelecida entre o utilizador e a empresa prestadora de serviços de acesso à rede, determinando-se a suspensão da prestação dos serviços de acesso, mas se obrigando o utilizador a continuar vinculado ao contrato e a remunerar o prestador de serviço.

Acrescente-se, também, que os efeitos desta decisão alcançam terceiros não vinculados a este contrato, pois determina a obrigação das demais empresas prestadoras de serviços de acesso à rede a bloquear o utilizador condenado. Ou seja, durante o prazo de interdição nenhuma outra empresa prestadora de serviços de acesso à rede poderá celebrar contrato de acesso à internet com o utilizador que foi condenado.

Para que esta medida se torne exequível a Lei HADOPI determina que os utilizadores sancionados tenham o seu nome fixado numa lista organizada pela Comissão de Proteção dos Direitos de Autor, que fica à disposição para consulta pelas empresas prestadoras de serviços de acesso à rede.

Impõe-se, nesta medida um dever de vigilância a todos os prestadores de serviços de acesso à rede; já que, caso o provedor de acesso não realize a consulta desta lista, ou caso aceite firmar contrato com o utilizador sancionado, ficará este provedor sujeito ao pagamento duma multa.

Mas, o rigor normativo, controlando os atos de utilização no ambiente digital, não finda por aqui. A Lei HADOPI, também, impõe ao utilizador, titular da conta de acesso, um dever de vigilância sobre as utilizações da internet através da sua conta de acesso; determinando-lhe o ônus de provar a sua inocência, ou seja que o acesso violador de direito de autor não foi praticado por ele.

serviço suspenso. Leia-se a previsão da «Art. L. 331-28 – A suspensão do acesso mencionada nos artigos L. 331-25 e L. 331-26 não afeta, por si mesma, o pagamento do preço da assinatura ao fornecedor do serviço.» République Française et Ministère de la Culture et de la Communication. **Projet de Loi: Favorisant la Diffusion et la Protection de la Création sur Internet.** 20.06.2008, p. 22. Disponível em: <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf>>, acesso em 23.04.2010.

Os reflexos desta lei alcançam ainda a regra geral de responsabilidade civil do dono da coisa, bem como da responsabilidade penal; pois estabelece que a presunção desta culpa, apenas poderá afastar-se, caso o utilizador demonstre que diligenciou de todas as forma no sentido de tentar evitar a violação, mas que esta foi inevitável. Na verdade, a Lei HADOPI exige para o utilizador afastar a sua culpa, a instalação de filtros «anti-pirataria»; mas, para que se produza este efeito desejado, necessário faz-se a prévia aprovação destes filtros por parte da Alta Autoridade¹⁰⁸⁰.

Diversas críticas ao teor dos instrumentos previstos na Lei HADOPI necessitariam dum estudo cuidado, aprofundado e dedicado ao tema. Como esta investigação não se apresenta a sede própria, em resumo, pode-se concluir de modo bastante geral que a Lei HADOPI representa uma total afronta aos limites da cópia privada e mais uma completa restrição ao exercício de direitos fundamentais do homem, como a liberdade de expressão e de informação e a inviolabilidade de dados.

Mais ainda, a Lei HADOPI extrapola os limites da dignidade da pessoa humana, pois condena o utilizador a uma situação vexatória e de completo constrangimento e isolamento virtual¹⁰⁸¹.

A primeira versão da Lei HADOPI, foi alvo de análise pelo Conselho Constitucional francês, que declarou inconstitucional a faculdade de outorgar-se a uma mera autoridade administrativa o poder sancionador da suspensão dos serviços de acesso a internet.

Claro está, que esta discussão reside, também, em verificar uma possível contrariedade ao princípio da legalidade da pena. A este respeito, lembre-se o que disciplina o art. 8.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pois, entende-se que este dispositivo não se aplica somente às penas pronunciadas pela jurisdição penal, seu campo de aplicação, estende-

¹⁰⁸⁰ Note-se que todos os reflexos desta lei devem ser estudados aprofundadamente numa investigação autónoma que realize o enfrentamento desta nova tutela garantida aos titulares de direitos de autor no âmbito dos atos de reprodução digital. Mais, cumpre-se, também estudar o histórico desta lei, cujos reflexos sociais e económicos foram inúmeros, mas que também apresentou diversos problemas de ordem jurídica constitucional. Neste sentido remeta-se para a leitura da decisão proferida pela Corte Constitucional francesa sobre a necessidade da cessação do serviço de acesso à rede do utilizador passar primeiro pela ordem dum tribunal. Vd. FRANÇA Conselho Constitucional. **Decisão n.º 2009-580 DC, 10.06.2009.** Jornal Oficial de 13.06.2009, p. 9675, Coleção, p. 107, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>.

¹⁰⁸¹ Inclusive, refira-se, que esta lei já foi alvo de decisão em sede do Conselho Constitucional francês, especialmente no que concerne à proteção penal dos direitos de autor na internet, na sua primeira versão. Já a segunda versão da Lei, passou pelo crivo deste mesmo tribunal constitucional, tornando-se eficaz, quase na totalidade dos seus artigos, através da sentença n.º 2009-580 DC de 12.06.2009. Vd. FRANÇA Conselho Constitucional. **Decisão n.º 2009-580 DC, 10.06.2009.** Jornal Oficial de 13.06.2009, p. 9675, Coleção, p. 107, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>.

se a toda a sanção que tenha um caráter de punição. Assim, é que Conselho Constitucional francês declarou inexecutável o poder sancionatório desta Alta Autoridade Administrativa, particularmente em sede de sua faculdade de suspensão do acesso à internet¹⁰⁸².

Por isso, entendeu aquele Conselho Constitucional¹⁰⁸³ que uma autoridade administrativa independente não pode dispor dum poder de sanção, e, em todo caso, em matéria de liberdade de comunicação, somente um juiz competente pode conhecer de comportamentos suscetíveis de serem aplicados à generalidade de sujeitos¹⁰⁸⁴.

Note-se que com fundamento no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cabe o entendimento que a liberdade de comunicação garantida por este dispositivo implica, também na de acesso à internet, portanto, compreende-se a mesmo com um direito fundamental.

Por isso, entendeu o Conselho Constitucional francês que o poder de aplicação de sanções deve ser levado a cabo pelos tribunais, órgãos judicantes, imparciais e competentes para tanto, e não por uma autoridade administrativa. Acrescendo, inclusive que a ponderação sobre a necessidade de aplicação de sanção é de competência dum tribunal¹⁰⁸⁵.

Adverta-se, também que a primeira versão da Lei HADOPI, equivocadamente, atribuiu aos utilizadores o ônus de provar que não realizaram *downloads*, supostamente ilegais, em total afronta ao princípio da presunção da inocência, previsto no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pois, na hipótese do ato de *download* não ter sido realizado pelo subscritor do serviço de

¹⁰⁸² À época o Conselho Constitucional francês afirmou que os poderes de sanção insituídos à autoridade administrativa, HADOPI, para além de facultarem a restrição ou o bloqueio do acesso à internet dos sujeitos acusados de violarem os direitos de autor através do ato de compartilhamento de arquivos em linha, também, podem, também, restringir o exercício do direito de comunicação livre de todos os sujeitos. Assim entendeu este Conselho Constitucional que o legislador não podia, quaisquer que sejam as garantias que se ajustem ao pronunciamento destas sanções, confiar tais poderes a uma autoridade administrativa com o fim de proteger os direitos dos titulares de direitos de autor e conexos. Vd. FRANÇA Conselho Constitucional. **Decisão n.º 2009-580 DC, 10.06.2009**. Jornal Oficial de 13.06.2009, p. 9675, Coleção, p. 107, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>.

¹⁰⁸³ Ademais, destaque-se o entendimento de que o Conselho Constitucional francês reiteradamente, adota o entendimento de que não dispõe de um poder geral de apreciação e de decisão da mesma natureza que o Parlamento francês. Neste sentido, lembre-se que se a necessidade de aplicação de pena pela violação cometida for conferida ao poder de apreciação do legislador, este Conselho limita-se ao controle de ausência de erro manifesto entre a violação praticada e a pena aplicada. Assim, a pena complementar de suspensão não vulnera o princípio da necessidade.

¹⁰⁸⁴ Cf. FRANÇA Conselho Constitucional. **Decisão n.º 2009-580 DC, 10.06.2009**. Jornal Oficial de 13.06.2009, p. 9675, Coleção, p. 107, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>. Sobre esta decisão vd. LAMY, Bertrand de. **Hadopi I: Précisions du Conseil constitutionnel sur le pouvoir de punir**. (Cons. const., 10 juin 2009, décision no 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet), *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1, p. 209-214, 2010, p. 209.

¹⁰⁸⁵ Cf. Vd. FRANÇA Conselho Constitucional. **Decisão n.º 2009-580 DC, 10.06.2009**. Jornal Oficial de 13.06.2009, p. 9675, Coleção, p. 107, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>.

ligação à rede, deveria este para exonerar-se de responsabilidade provar que a descarga partiu de fraude de terceiro.

Já na análise da segunda versão da Lei HADOPI, o Conselho Constitucional francês, apenas declarou inconstitucional a disposição que estabelecia competência ao juiz penal, não só para aplicar a sanção penal, como também para condenar o utilizador que realizou atos de *download* de ressarcir e reparar os danos e prejuízos provocados aos titulares dos direitos de autor¹⁰⁸⁶. Fundamentou este Conselho francês que a Lei HADOPI não estabelece a forma pela qual a ação de responsabilidade pelos danos e interesses violados deve ser apresentada, nem tão pouco determina os efeitos duma eventual oposição do titular de direitos de autor¹⁰⁸⁷.

Saliente-se, que a despeito, desta segunda versão da Lei HADOPI haver sido construída com o propósito de escapar ao exame de constitucionalidades dos problemas anteriormente levantados pelo Conselho Constitucional francês, isto não resultou num menor rigor da lei. De sorte, que mesmo havendo atribuído a um tribunal o poder sancionatório de suspensão do acesso à internet por um prazo máximo de um ano, esta segunda versão da lei, apresenta-se mais rigorosa que a primeira.

Mais, ainda, entende esta investigação, que a segunda versão da Lei HADOPI, também, não escapa ao exame de constitucionalidade. Observe-se, que apesar do poder sancionatório ter sido retirado da atribuição da autoridade administrativa, e transferido para um tribunal com competência para tanto, o princípio do contraditório e da ampla defesa foi desrespeitado. Pois, mediante um procedimento processual mais rápido e simples, não se oferta ao réu, utilizador da internet que efetuou o ato de *download*, o direito de apresentar a sua defesa¹⁰⁸⁸.

Outro problema que se destaca no mesmo diploma legal francês, é o fato deste procedimento processual simplificado e célere (*Ordonnance Pénale*) aplicado para o julgamento dos casos de violação aos direitos de autor, permitir a prolatação da sentença sem a devida motivação legal¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Sobre o tema vd. LOISEAU, Anne. **France: HADOPI 2 And the Return of Representative Sanctions**. In *Computer Law Review*. n.º 5, p. 154-156, 15.10.2009.

¹⁰⁸⁷ Decisão relativa à análise do art. 6.II, da Lei HADOPI na sua segunda versão. Cf. FRANÇA. Conselho Constitucional. **Decisão n.º 2009-590 DC, de 22 de Outubro de 2009**. *Jonal Oficial* de 29.10.2009, p. 18292, Coleção, p. 179, ECLI:FR:CC:2009:2009.590.DC, Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-590-dc/decision-n-2009-590-dc-du-22-octobre-2009.45986.html>>.

¹⁰⁸⁸ Conforme a disposição do art. 525 do Código de Processo Penal Francês. FRANÇA. **Código de Processo Penal**. Versão em vigor aos 01.02.2014. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=5233889FC5B47D705B3264FB77EDB5D4.tpdjo05v_1?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20140201>.

¹⁰⁸⁹ Vd. O parágrafo 2.º do art. 526 do Código de Processo Penal Francês. FRANÇA. **Código de Processo Penal**. Versão em vigor aos 01.02.2014. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=5233889FC5B47D705B3264FB77EDB5D4.tpdjo05v_1?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20140201>.

Destaque-se, que o rigor da segunda versão da Lei HADOPI, pode ser claramente identificado, pela nova regulação do terceiro aviso enviado ao utilizador da rede, que determina a aplicação de sanção correspondente pelo tribunal competente, logo após a denúncia da autoridade administrativa ou do titular de direitos de autor. Esta sanção corresponde a cominação de até 3 anos de prisão, o pagamento de 300.000€ a título de multa, adicionando-se, também a suspensão do acesso à rede por um ano¹⁰⁹⁰.

Acrescente-se, a previsão contida no art. R335-5 da Lei HADOPI, da sanção aplicada, por via-contrordenacional, ao delito de negligência grave. Esta disciplina impõe ao utilizador da rede, que avisado por duas vezes sobre a prática de atos de *download* não autorizados, no prazo de um ano não adote medidas destinadas a proteger à sua conta na rede, evitando que por meio desta realize-se outros ilícitos. Trata-se, na verdade, da atribuição duma obrigação de vigilância ao utilizador que recebeu dois avisos da autoridade administrativa, sobre a realização de atos de *download* não autorizados. Por isso, é que a omissão deste utilizador no dever de vigilância do acesso à internet¹⁰⁹¹.

Por fim, destaque-se que há uma frontal desproporcionalidade entre o bem jurídico que visa a Lei HADOPI proteger e o rigor sancionatório da lei. Esta desproporcionalidade é tamanha que se abre um debate com diversos atores e motivos sobre a tutela do bem jurídico violado.

Sem embargo, trata-se duma lei extremamente opressiva, aliás, que incide sobre uma liberdade concedida pelo limite da cópia privada, impedindo a prática de atos permitidos, de modo bastante desproporcional entre o grau da eventual lesão praticada e a relevância do bem jurídico tutelado. Ou seja, o grau da lesão causada não justifica a sanção aplicada, violando o princípio da proporcionalidade no seu sentido amplo, que não admite o excesso¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ Na verdade, já com o terceiro aviso, entende-se que o utilizador da rede que realizou o ato de *download*, comete o delito de contrafação, sancionado com a pena de até 3 anos de prisão e o pagamento de 300.000€ a título de multa, adicionando-se ainda a suspensão do acesso da internet por no máximo um ano. (Vd. a previsão do art. L335-7 da legislação autoral francesa) Note-se, que mesmo durante este período de suspensão de acesso à internet, obriga-se o utilizador ao pagamento do serviço do provedor de acesso à rede e, determina-se o “exílio” do utilizador da rede, pelo mesmo período, já que este fica impedido de celebrar, com qualquer outro fornecedor do serviço de acesso à rede, um novo contrato de prestação de serviços de internet. Assim, caso o utilizador venha a descumprir esta obrigação de manter-se “exilado” da rede, pagará este uma multa não superior a 3750€. (Cf. Art. L335-7-1 do diploma autoral francês) Multa que também será paga, mas no valor máximo de 5000€, pelo prestador de serviços da internet, caso este não suspenda o acesso à rede do utilizador. (Disposição contida no parágrafo 6.º, do art. L335-7 da lei francesa de direitos intelectuais) FRANÇA. **Lei n.º 2009-669, de 12.06.2009, que favorece a divulgação e a proteção da criação na Internet.** Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=87756487D348F668BF43CA2ACAEAD9CF.tpdjo06_v_1?cidTexte=JORFTEXT000020735432&dateTexte=20130425>.

¹⁰⁹¹ Observe-se, que este dever de vigilância foi instituído pela Lei DAVDSI, Lei n.º 2006-961 de 1 de Agosto de 2006.

¹⁰⁹² Neste sentido, é o que pondera Ivan Luiz da Silva sobre o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, denominando-o de «princípio da proibição de excesso», cuja finalidade é proibir quaisquer modos de «intervenção desnecessárias, excessivas e, consequentemente, desproporcionais». Portanto, compreende-se que «não há justificativa adequada para que uma lei opressiva incida sobre os direitos fundamentais de forma desproporcional ao grau de lesão e relevância do bem jurídico tutelado». SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal.** 1.ª ed., ano 2004, 3.ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 128. Ribeiro Lopes com bastante propriedade informa que o respeito ao princípio da proporcionalidade impõe «um juízo de ponderação

Esta lei francesa não é a única hoje do gênero, mas de certeza foi a que recebeu maiores críticas, pelo menos no espaço europeu. De relevo, é a legislação alcunhada de *Sinde-Wert*, ou simplesmente *Sinde*, em referência a antiga Ministra da Cultura Ángeles Gonzáles-Sinde e o seu sucessor, José Ignacio Wert.

A Lei Sinde¹⁰⁹³ encontra-se em vigor desde o mês de março de 2012 e garante ao Estado bloquear ou encerrar páginas *web* da rede, sem qualquer ordem judicial. Na verdade, esta lei alterou a Lei n.º 34/2002, todavia diversamente da sua côngenere francesa, não tem o condão de sancionar o utilizador pelo acesso que provocou o compartilhamento ilegal de arquivos protegidos pelo direito de autor, mas sim o serviço que facultou a prática de atos ilegais de compartilhamento.

Assim é que a autoridade administrativa espanhola, criada pela Lei Sinde, poderá vir a determinar a interrupção da prestação de serviço de acesso à rede ou mesmo obrigar a empresa prestadora de serviços de acesso à rede a retirar de circulação os conteúdos disseminados sem a devida autorização dos seus titulares e que violam o exercício do seu exclusivo de exploração econômica. Todavia, diversamente da Lei HADOPI não autoriza a suspensão do acesso à rede do utilizador¹⁰⁹⁴.

sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)». Portanto, se essa relação apresenta desequilíbrio, como é o caso do poder sancionatório previsto na Lei Hadopi, o resultado é «uma inaceitável desproporção». LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.421 e 431.

¹⁰⁹³ ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30.12, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual**. Boletim Oficial do Estado. n.º 315, Sábado, 31.12.2011, sec. I, p. 147011, Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>. Na verdade, a Lei Sinde foi aprovada através duma disposição adicional da chama Lei de Economia Sustentável, que alterou diversas normas, inclusive as concernentes ao direito intelectual. Refira-se que a Lei de Economia Sustentável nas suas disposições finais, disciplinou sobre diversas alterações que afetou especialmente a Lei de Serviços da Sociedade da Informação, a Lei de Propriedade Intelectual e a Lei Reguladora da Jurisdição do Contencioso Administrativo, esta centrada na proteção da propriedade intelectual no âmbito da sociedade da informação e do comércio eletrônico. Vd. ESPANHA. **Lei n.º 2/2011, de 4 de março. Lei de Economia Sustentável**. Boletim Oficial do Estado. n.º 55, Sábado 5 de março de 2011, sec. I, p. 25033. Disponível em <<http://boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>>.

¹⁰⁹⁴ Uma onda de protestos por toda a Espanha, marcou a oposição não só de ativistas em defesa da neutralidade da rede, como das empresas prestadoras de serviços de acesso em rede. A solução legal espanhola é bastante curiosa, pois manda a fatura para o bolso dos provedores de acesso, que viram as dificuldades no seu setor crescerem de sobremaneira após a Lei Sinde ter implantado o “procedimento de garantia dos direitos de propriedade intelectual”. Cf. DIAS, Tatiana de Melo. **Lei Sinde entrará em vigor em março**. 15.02.2012. Link. Estadao.com.br. Disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/lei-sinde-entrara-em-vigor-em-marco/>>, consulta aos 11.02.2013. Decisão n.º 2009-590 DC, de 22 de Outubro de 2009.

Destaque-se que a Lei Sinde, especialmente, tem por objetivo regular o regime jurídico e o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual, que se constituiu como um órgão colegiado de âmbito nacional¹⁰⁹⁵.

Anote-se que Lei Sinde atribuiu à esta Comissão de Propriedade Intelectual o poder de encerrar páginas *web*, de acordo com os critérios que discricionariamente estabelece para a proteção dos direitos de autor no ambiente digital.

Esta Comissão somente irá atuar por meio de denúncia, que pode ser realizada por quaisquer um dos sujeitos, com interesse na exploração econômica da obra e, ainda, o particular. Após o recebimento da denúncia este órgão tem autoridade para determinar se ocorreu violação ou não, aos direitos de autor. Identificada a violação pode a Comissão de Propriedade Intelectual adotar dois procedimentos à sua escolha.

O primeiro procedimento acentua que o sujeito responsável pelos conteúdos que supostamente violam os direitos de autor, como também o sujeito que hospeda os conteúdos, ou aquele provedor de acesso conectado a um servidor que hospeda conteúdo, inclusive o sujeito que publica conteúdos, sem autorização, têm 48 horas para retirar o conteúdo da rede¹⁰⁹⁶.

Após este prazo, mantendo-se na rede os conteúdos protegidos por direitos de autor, as partes envolvidas na denúncia, têm o prazo de 2 dias para apresentarem as provas do quanto alegado. Findo este prazo, devem as partes envolvidas no litígio, no prazo de 5 dias, apresentar as alegações relativas às provas que cada um anexou à denúncia¹⁰⁹⁷. Recebidas estas alegações a Comissão de Propriedade Intelectual tem o prazo de 3 dias para proferir a sua decisão sobre a denúncia efetuada¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ Conforme disciplina o art. 1.º da Lei Sinde, a Comissão de Propriedade Intelectual está submetida à Subdireção Geral de Propriedade Intelectual do Ministério da Educação, Cultura e Esporte. Cf. ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30.12, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual**. Boletim Oficial do Estado. n.º 315, Sábado, 31.12.2011, sec. I, p. 147011, Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

¹⁰⁹⁶ Cf. a previsão do n.º 1. do art. 20 da Lei Sinde. Cf. ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30.12, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual**. Boletim Oficial do Estado. n.º 315, Sábado, 31.12.2011, sec. I, p. 147011, Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

¹⁰⁹⁷ De acordo com o art. 21 da Lei Sinde. ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30.12, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual**. Boletim Oficial do Estado. n.º 315, Sábado, 31.12.2011, sec. I, p. 147011, Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

¹⁰⁹⁸ Vd. n.º 2, do art. 22 da Lei Sinde. ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30.12, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual**. Boletim Oficial do Estado. n.º 315, Sábado,

Refira-se que a decisão da Comissão de Propriedade Intelectual necessita ser homologada por um juiz, que apenas ratifica ou nega a decisão desta Comissão para retirada dos conteúdos protegidos pelo direito de autor. Portanto, o juiz não participa na primeira fase, ou seja não analisa a denúncia, não avalia a veracidade das provas e das alegações e nem tão-pouco expõe o seu juízo de apreciação.

O segundo procedimento, todavia, já conta com a atuação do juiz que irá através duma ordem judicial requerer, ao provedor de serviços, todos os dados dos sujeitos que praticaram infrações e também a retirada dos conteúdos que este disponibilizaram na rede, violando os direitos de autor. Após proferida esta ordem judicial, os Tribunais Administrativos Centrais têm apenas 24 horas para autorizar ou não a execução da referida ordem¹⁰⁹⁹.

Ademais, a Lei Sinde, destaca que pode o juiz negar-se a emitir a referida ordem judicial para que o provedor de serviço recolha os dados do utilizador da rede que alegadamente violou os direitos de autor e retire os conteúdos protegidos, disponibilizados na rede, com esteio nos n.ºs 1 e 3 do art. 18, do texto constitucional espanhol¹¹⁰⁰.

Observe-se, contudo, que apesar da intervenção do juiz em diversos momentos do procedimento de atuação da Comissão de Propriedade Intelectual, este procedimento da Lei Sinde, não escapa à ocorrência de falhas. E este é justamente o primeiro e o maior problema a ser enfrentado pela Lei Sinde, pois, dado a atuação dos dois organismos no procedimento, difícil será identificar o responsável pela falha, ou seja se administrativa, ou judicial.

Na verdade, o problema da atuação dúplice destes dois organismos no procedimento adotado pela Lei Sinde para esclarecer as potenciais responsabilidades pelas violações ao direito de autor, reside no enfrentamento deste tema com a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, especialmente a liberdade de expressão, assegurada em Espanha.

31.12.2011, sec. I, p. 147011, Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

¹⁰⁹⁹ Cf. o art. 23 da Lei Sinde. ESPANHA. **Real Decreto 1889/2011, de 30.12, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão de Propriedade Intelectual**. Boletim Oficial do Estado. n.º 315, Sábado, 31.12.2011, sec. I, p. 147011, Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

¹¹⁰⁰ *Verbis*: «Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...) 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.» Ou seja: «Artigo 18. 1. Será garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. 3. Será assegurado o segredo das comunicações e, em especial, das postais, telegráficas e telefônicas, salvo resolução judicial». ESPANHA. **Constituição Espanhola de 1978**. Disponível em <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>.

Assim, bastante discutível é a atuação dum organismo administrativo, para sopesar o enfrentamento de direitos deste calibre; pois que, a decisão sobre a violação aos direitos de autor e a mitigação de liberdades fundamentais, como a de expressão será resolvida por um organismo designado pelo Ministério da Cultura. Levantando-se, assim, inúmeros problemas sobre a parcialidade destas decisões.

Por outro lado, mesmo que a Lei Sinde discipline sobre a atuação do órgão judicial, esta é bastante tímida, restrita ao direito do julgador de autorizar ou não aquilo que a Comissão tenha autorizado anteriormente. Saliente-se que o juiz não se vê envolvido nem tão-pouco é-lhe atribuído poder durante o desenvolvimento do procedimento. Por definição, a mera ausência judicial num processo não assegura que as decisões da Comissão sejam justas.

Outrossim, a origem da Lei Sinde ainda hoje é bastante discutida, especialmente, quando se revelou por meio das informações vazadas pela organização *Wikileaks* o envolvimento de diversos agentes do setor privado e público dos Estados Unidos da Américas pressionando a aprovação da lei segundo os seus interesses¹¹⁰¹.

Entretanto, o grande problema da Lei Sinde reside na sua ausência de clareza a respeito dos seus limites. Grande parte da discussão centrou-se na necessidade do estabelecimento de normas que impeçam a internet de tornar-se um meio para a obtenção de rendimentos através da utilização no seu ambiente digital das obras protegidas pelos direitos de autor.

Mas o que deixa espaço a grandes debates é a definição do agente que será penalizado pela Lei Sinde. E para a cominação de sanção à este agente, sequer esta lei exige a prova do dano. Portanto, verificando-se alguma possibilidade de causar dano às obras protegidas pelo direito de autor, a sanção será aplicada.

¹¹⁰¹ O *looby* dos Estados Unidos foi de tamanha sorte que envolveu a Embaixada da Espanha em Washington que informou a preocupação norte-americana com o rumo das normas de proteção dos direitos intelectuais em Espanha, particularmente, após a sua inclusão no Relatório Especial 301, que destacou «Given the USG's Special 301-related concerns with respect to the protection of copyrighted materials in Spain, the Embassy has developed a short, medium and long-term IPR strategy for Spain. [...] Our strategy will required continued constant high-level Embassy attention to this matter and occasional help from Washington agencies over the coming three to four years». Ou seja: «Dado as especiais preocupações apresentadas no Relatório Especial 301 do Gabinete Oficial Norte-americano, relativamente à proteção dos conteúdos protegidos por direitos de autor em Espanha, a Embaixada tem desenvolvido uma estratégia para os direitos intelectuais de curto, médio e longo prazo para a Espanha. [...] A nossa estratégia exigirá da Embaixada atenção contínua e constante de alto nível sobre este assunto e ocasionalmente receberá colaboração das agências de Washington ao longo dos próximos três a quatro anos». Vd. EL PAIS. Actualidad. **Cable sobre la ayuda de EE UU en materia de Copyright**. 03.12.2010. Disponível em <http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367861_850215.html>, acesso aos 02.02.2014.

Estes debates acirram-se, também, no que toca à previsão na Lei Sinde duma lista negra controlada pela Comissão de Propriedade Intelectual. Na verdade, esta lista negra dirige-se às obras protegidas que não se encontram em território espanhol, ou seja, nas hipóteses em que, o prestador de serviços de hospedagem seja estrangeiro, os servidores estejam em outro país ou o utilizador da obra protegida não resida em Espanha. Assim, de modo a evitar que mesmo nestas hipóteses ocorram violações às obras protegidas é gerada uma lista negra, contendo os IPs ou o domínio a ser bloqueado.

Sem embargo, na tentativa da Lei Sinde, cobrir todos as potenciais utilizações das obras protegidas no ambiente digital que violem os direitos de autor, acaba por estabelecer um rigoroso e perigoso instrumento de controle, cujo poder de administração foi atribuído à Comissão de Propriedade Intelectual.

Obviamente, que as garantias de liberdade de expressão, de comunicação, de correspondência, bem como, a reserva e a proteção da intimidade e da privacidade, foram colocadas em risco pela Lei Sinde¹¹⁰².

Portanto, em disciplinas jurídicas desta natureza, o debate sobre a fundamentação do espaço criado pela lei atribuindo licitude aos atos de reprodução privada apresenta-se mais forte. O desvio da proteção ao exclusivo autoral mostra-se claro quando o conjunto de normas dirige-se à proteção de monopólios industriais. Ou seja, afasta a criação intelectual da sua centralidade social, privilegia o capital económico, e nem sempre garante ao autor a fruição pelos benefícios gerados à sociedade em razão da sua atividade intelectual, produtora de informação, cultura e conhecimento científico.

A Lei Sinde ao estabelecer um regime jurídico bastante rigoroso, no que concerne ao âmbito da licitude dos atos de reprodução no ambiente digital, pretendeu frear o desenvolvimento científico e tecnológico das linguagens digitais, disponibilizadas pela utilização dos computadores e da internet. Mas, o resultado de todo este rigor foi o surgimento de novas tecnologias que permitem o compartilhamento de arquivos com conteúdos protegidos pelo direito de autor, através da utilização de redes virtuais privadas¹¹⁰³.

¹¹⁰² Note-se, que se este tipo de controle das utilizações realizadas no ambiente digital sofre diversas críticas em Estados com regimes políticos ditatoriais, quanto mais em sede de espaço Europeu.

¹¹⁰³ O remédio criado, na verdade, é um placebo. Sobre o tema aponta David Silva Ramalho que os utilizadores das diversas redes de compartilhamento de arquivos em linha, após a aprovação destas medidas jurídicas de corte do acesso à rede e de bloqueio de conteúdos, passaram a fazer uso de *proxies* ou de *Virtual Private Networks*, com o fim de ocultar o IP dos utilizadores. Também, passou-se a fazer uso de outros meios alternativos para

Nos Estados Unidos as discussões sobre a adoção de medidas semelhantes estão ainda bastantes acesas. A primeira tentativa resultou falhada no Congresso norteamericano após a retirada de dois projetos de lei, o “Stop Online Piracy Act”, ou seja, Pare com a Pirataria On-Line, conhecido como SOPA, e o "Protect IP Act", ou seja, Ato para Proteção da Propriedade Intelectual, chamado de PIPA.

O projeto de lei SOPA fora apresentado para discussão em 26.10.2011, propondo sanções penais que alcançavam 5 anos de privação de liberdade para os utilizadores da rede que fossem flagrados por 10 ou mais vezes, durante um período de 180 dias, a realizar atos ilegais de partilha.

A proposta ainda aplicava sanções aos prestadores de serviço em rede, que fossem acusados de permitir ou facilitar a pirataria, impondo a estes à semelhança da Lei HADOPI um dever de vigilância. De sorte que estas empresas prestadoras de serviços na rede poderiam ser sancionadas com o encerramento dos seus serviços e ainda o banimento pelos provedores de acesso à rede, e demais serviços na internet, como por exemplo, de sistemas de pagamento e anunciante em nível internacional¹¹⁰⁴.

O projeto de Lei SOPA ainda previa que qualquer site na internet poderia vir a ser encerrado, apenas por ter qualquer espécie de conexão com o outro site suspeito da prática de pirataria, quer simplesmente por pedido do governo norteamericano ou dos geradores de conteúdo. Estabeleceu ainda este projeto a obrigação dos prestadores de serviços em rede de remover todos os conteúdos ilegais e até mesmo as conexões a estes conteúdos ilegais.

compartilhar os arquivos na rede, a exemplo, da utilização dos arquivos em *streaming* ou o *download* realizado diretamente a partir de servidores como o *Rapidshare* ou o *Megaupload*. A *Virtual Private Networks* trata-se dum canal de comunicação seguro, que faz uso de técnicas de criptografia e autenticação. Desta sorte, assegura-se o partilha confiável de dados sobre redes públicas e ainda a ligação entre redes privadas. RAMALHO, David Silva. **A tutela penal dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**. Disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B2c097642-c7bd-43d7-9057-0033033cda9a%7D.pdf>>, acesso aos 93.02.2014. Vd. PINTO, Pedro. **Redes – Sabe o que é uma VPN (Virtual Private Network)?** 14 de Novembro de 2011. Disponível em <<http://pplware.sapo.pt/networking/redes-sabe-o-que-uma-vpn-virtual-private-network/>>, acesso aos 04.02.2014. Neste mesmo sentido, e ainda informando que o uso das *Virtual Private Networks* permite o acesso a conteúdos bloqueados, neutralizando restrições regionais. Vd. GEIER, Eric. How (and why) to set up a VPN today. 19.03.2013. Disponível em <<http://www.pcworld.com/article/2030763/how-and-why-to-set-up-a-vpn-today.html>>, acesso aos 05.02.2014.

¹¹⁰⁴ O projeto de Lei SOPA na íntegra pode ser consultado em <<http://www.govtrack.us/congress/bills/112/hr3261/text>>.

Em grande medida este projeto foi incentivado pelas grandes emissoras de TV, gravadoras, estúdios de cinema e editoras de livros, que afirmam sofrerem prejuízos milionários pelos atos de compartilhamento de conteúdo protegido pelo direito de autor¹¹⁰⁵.

Saliente-se que tanto o projeto de Lei SOPA como o PIPA foram retirados de votação do Congresso norteamericano em 20.01.2012, muito por força da não popularidade dos mesmos e das pressões que sofreram de diversos grupos de ativistas que realizaram especialmente em rede diversos protestos¹¹⁰⁶.

Entretanto, aos 17.04.2013, foi aprovado no Congresso norteamericano o projeto de Lei CISPA, Cyber Intelligence Sharing and Protection Act¹¹⁰⁷, ou seja Lei de Compartilhamento e Proteção de Inteligência Cibernética. Para entrar em vigor a CISPA agora precisa ser aprovada no Senado e passar pelo crivo do Presidente¹¹⁰⁸.

Obviamente que a análise será meramente inicial, mas a despeito das inquietações, pode-se perceber que o projeto de Lei CISPA trata-se duma clara medida de combate ao crime na internet, especialmente os vocacionados a invasão de sistemas de grande robustez, como por exemplo, de segurança e de inteligência.

Claro está que a CISPA por seu tom aberto permite ações de vigilância dos utilizadores na rede, especialmente porque prevê a transferência de informações dos clientes das prestadoras de serviços na rede ao governo norteamericano¹¹⁰⁹. Acrescente-se, ademais, que o projeto de

¹¹⁰⁵ O projeto de Lei SOPA foi apoiado pela Disney, Universal, Paramount, Sony e Warner Bros; e, floci contestado pelo Google, Facebook, Wikipedia, Craigslist, WordPress e, inclusive a própria Casa Branca. Cf. **Entenda o Sopa e o PIPA, projetos de lei que motivam protestos de sites**. G1. Tecnologia e Games. 18.01.2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/01/entenda-o-projeto-de-lei-dos-eua-que-motiva-protestos-de-sites.html>>, consulta aos 11.02.2013.

¹¹⁰⁶ O protesto de maior relevo foi da Wikipedia, que retirou a versão em inglês da sua enciclopédia do ar, durante todo o dia de 18.01.2012.

¹¹⁰⁷ Para uma leitura do texto completo do projeto de lei vd. <<http://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr624/text>>.

¹¹⁰⁸ Note-se que Congresso norteamericano é resistente às pressões, inclusive da Casa Branca. Na verdade, este projeto, apresentado em 30.11.2011, já havia sido aprovado no ano passado e após ameaças de veto da Casa Branca, o mesmo foi engavetado, não tendo, inclusive, chegado ao Senado. Cf. PAPP, Ana Carolina. **Cispa é aprovada pela Câmara dos EUA**. 18.04.2013. Disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/?s=sopa%20e%20pipa>>, acesso em 22.04.2013.

¹¹⁰⁹ Como refere a seção 3 do projeto que propõe a introdução duma nova seção de n.º 1104, no Ato Nacional de Segurança de 1947. Ressalte-se, inclusive que o uso da informação coletada pelo Governo Federal deve seguir as limitações previstas nesta mesma seção.

lei não especifica qual a natureza privada das informações são privadas e quais destas podem ser transmitidas¹¹¹⁰.

O ACTA - Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ou seja Acordo Comercial Anticontrafação, também é mais um instrumento legal com o intuito de tutelar os direitos de autor à escala internacional. Mais especificamente o ACTA pretende harmonizar a nível internacional a proteção conferida pelos direitos intelectuais.

Na seção 2 deste Acordo, fixou-se que todos os Estados signatários do mesmo, estão obrigados a disciplinarem, no âmbito interno, uma legislação que confira a hipótese para os titulares de direitos intelectuais lesados requererem ao órgão judicial competente a adoção de medidas cautelares suficientes para prevenir eventuais danos pelo uso ilícito das obras protegidas pelo direito de autor.

Poderão ainda os titulares de direitos intelectuais requererem aos tribunais o arbitramento duma indenização adequada, que compense os prejuízos gerados pela violação dos direitos intelectuais.

Ademais, a seção 5 no ponto 4 do ACTA determina a obrigação dos Estados signatários em implementarem um sistema que confira às autoridades competentes o poder para, rápida e urgentemente, determinar que os prestadores de serviços intermediários em rede concedam informações sobre os seus utilizadores que utilizam o acesso à rede para a prática de ilícitos.

E, ainda na seção 5 no ponto 5 do ACTA estabelece-se a obrigação dos Estados signatários de promoverem a devida proteção legal para a implementação de medidas técnicas que possam ser utilizadas pelos titulares de direito de autor, com o fim de restringir ou mesmo impedir o uso não autorizado de suas obras.

Refira-se que este Acordo alcança quase todos os atos violadores dos direitos intelectuais, desde a falsificação de bens até os atos de compartilhamento em rede.

O ACTA foi assinado pelos Estados Unidos, Austrália, Canadá, Coreia do Sul, Japão, Nova Zelândia, Marrocos e Singapura, em outubro de 2011. Mas só em 26.01.2012 a União

¹¹¹⁰ Por força desta abrangência do projeto de Lei CISPA a Electronic Frontier Foundation receia que os dados pessoais dos utilizadores sejam informados ao governo sem qualquer tipo de vigilância judicial, já que não se estabelece um limite do que pode ser repassado.

Europeia assinou o Acordo que por força das disposições em matéria de execução penal, obrigatoriamente, também, teve de ser assinado por todos os seus Estados-membros¹¹¹¹.

Entretanto, apesar da União Europeia ter assinado o ACTA, este fora rejeitado pelo Parlamento Europeu em 04.07.2012.

De qualquer sorte de modo geral os princípios que se encontram consagrados no ACTA já estão fixados nas Diretivas comunitárias transpostas para as ordens nacionais. Frise-se, ainda, que este Acordo assemelha-se em muito com um acordo multilateral entre os Estados Unidos, e os Estados-membros da União Europeia, que se destina ao estabelecimento de padrões mínimos de proteção sobre o direito intelectual.

No Brasil o número de projetos de lei no Congresso para regulamentar a internet no Brasil, chega a pouco mais de mil. Um desses é o Projeto de Lei 89/2003, alcunhado projeto Azeredo, em referência ao seu autor o senador Eduardo Azeredo. Este projeto, na verdade, é um substitutivo a três projetos que tramitam no Congresso, em conjunto, são eles, o Projeto de Lei da Câmara de nº 89/2003, e dois do Senado, o de nº 76 e o de nº 137, ambos de 2000, que dispõem sobre os crimes cometidos na área de informática e as suas penalidades.

O projeto Azeredo pretende alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal e algumas outras leis. A alteração da legislação tem sido defendida como uma alternativa mais segura e eficaz do que a atualização dos códigos, com a previsão de novos tipos penais, que utilizam as tecnologias da informação e comunicação para as práticas ilícitas.

O dispositivo legal deste projeto que levanta maiores dúvidas é o art. 22, pois estabelece a obrigação de apresentação das denúncias aos prestadores de serviços na sobre o uso da rede para a prática de ilícitos; gerando uma insegurança tamanha em sede de segurança jurídica sobre o grau de veracidade das denúncias realizadas fora do ambiente da autoridade competente.

Ademais, o projeto de Lei Azeredo influencia os prestadores de serviços de acesso à rede a fiscalizarem os usos realizados pelos seus utilizadores, estabelecendo quase um dever de vigilância a exemplo da Lei HADOPI.

¹¹¹¹ Esta obrigação decorre da competência partilhada entre a União Europeia e os seus Estados-membros em matéria de execução penal.

Não restam dúvidas que as discussões sobre a neutralidade da rede e o recrudescimento das normas de tutela do direito de autor, ainda, estarão na pauta do dia. E, mesmo que as discussões estejam encerradas em determinados Estados, como é o caso do Francês, que adotou a Lei HADOPI, os problemas de harmonização destes instrumentos legais serão constantes.

Cabe ainda assinalar que estas medidas de resposta gradual ao impõem obrigações aos prestadores intermediários de serviços na rede, em grande medida não acompanham o regramento geral, já estabelecido, sobre a responsabilidade dos mesmos.

Mais ainda, a arquitetura dos programas que estabelecem as redes de compartilhamento, apresentam distinções que em muito podem alterar a qualidade da responsabilidade destes prestadores de serviço.

Como será alvo de estudo, na última parte desta investigação, as redes P2P podem apresentar uma arquitetura centralizada, descentralizada ou híbrida, o que implica alteração na modalidade e no grau de responsabilidade que deve ser atribuída aos prestadores destes serviços de compartilhamento, que envolvem, acesso à rede de compartilhamento, armazenamento e transporte de conteúdo¹¹¹².

As decisões sobre o tema nos Estados-Unidos vêm sempre no sentido de responsabilizar o prestador de serviços que implementa a rede P2P; fundamentando-se tais julgados na perspectiva de conhecimento pelas empresas prestadoras de serviços de compartilhamento de conteúdo protegido pelo direito de autor sem a devida autorização dos seus titulares, ou, também na justificativa de que estas empresas fomentavam a disseminação de conteúdo ilícito e a prática ilegal do ato de compartilhamento¹¹¹³.

Note-se ainda que a Lei HADOPI similarmente às decisões dos tribunais norteamericanos entendeu pelo dever de vigilância da empresa que disponibiliza o programa de computador na rede para a realização dos atos de compartilhamento. Acrescente-se, todavia que os tribunais norteamericanos vêm defendendo que estas empresas prestadoras de serviços intermediários acabam por beneficiarem-se indiretamente com a publicidade.

¹¹¹² Observe-se que é uniforme o entendimento sobre a responsabilização dos prestadores de serviço quando estes próprios colocam conteúdos ilícitos em rede, ou quando têm controle sobre esses conteúdos. Todavia, diversas questões se apresentam quando os conteúdos são colocados por terceiros em rede por intermédio dos serviços dos provedores.

¹¹¹³ Como por exemplo, no caso *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. GROKSTER, Ltd.* (04-480) 545 U.S. 913 (2005) 380 F.3d 1154, disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZS.html>>.

Em Portugal mais especificamente a concretização da cópia privada como um limite do direito de autor autoriza, como já estudado anteriormente, a prática de atos de compartilhamento¹¹¹⁴. Assim há que se discutir sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços de compartilhamento, bem como. decodificar se estes enquadram-se como prestadores intermediários de serviços¹¹¹⁵.

Observe-se, assim, que não se deve falar sobre a necessidade de se atribuir um dever de vigilância¹¹¹⁶ às empresas prestadores de serviços de compartilhamento, uma vez que como será estudado, os atos de compartilhamento estão no âmbito da legalidade.

¹¹¹⁴ Pondere-se que o regime jurídico português, segue o europeu em face da obrigação de transposição para a sua ordem interna da Diretiva 2000/31/CE sobre o comércio eletrônico que estabelece em particular a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços na rede, segundo a especialidade de cada um

¹¹¹⁵ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, v. VIII, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹¹¹⁶ Conforme a expressa previsão do art. 12.º do Decreto Lei 7/2004.

PARTE V - OS ATOS DE CÓPIA PARA USO PRIVADO PRATICADOS ATRAVÉS DE MECANISMOS DE COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NO AMBIENTE DIGITAL E A RESPONSABILIDADE PELA SUA EXECUÇÃO

A existência dum espaço de liberdade absoluta sempre foi um ideal utópico acompanhado pelo impacto gerado com o surgimento da internet. No início julgava-se que tudo se podia fazer e muito pouco havia por controlar. Claro está que este ideal foi bastante impulsionado pelo frenético fluxo de informações que ultrapassa as fronteiras geográficas; bem como, pela própria conexão entre as máquinas e a arquitetura do sistema¹¹¹⁷.

A antiga ARPANet, de início uma ferramenta militar, foi projetada com o objetivo de transformar-se numa rede de transmissão de informações baseada em pontos, com semelhanças geométricas à uma teia de aranha. Assim, caso um dos pontos de transmissão fosse sabotado ou falhasse, o sistema permanecia intacto, e a informação continuava a circular, já que a rede foi construída de forma descentralizada, ausente portanto a figura dum núcleo central¹¹¹⁸. Ou seja, a queda de um dos nós não impossibilitava a circulação de informações.

Como já discutido logo no início desta investigação a grande contribuição da internet foi a de conferir liberdade para a emissão das informações, ou seja, qualquer pessoa com um computador conectado à rede pode produzir, enviar e receber informação de qualquer ponto geográfico do globo¹¹¹⁹. A interação que copia a realidade passada, presente e futura é possível graças ao sistema de comunicação libertário e a produção de novos mecanismos tecnológicos.

Em virtude destas novas tecnologias digitais surge uma cultura diversificada caracterizada por intensas relações sociais, políticas e econômicas, que utiliza o espaço virtual para as suas diversas interações e que sobretudo partilha mídias digitais interativas. É a denominada cibercultura¹¹²⁰, que propõe a estratificação duma sociedade conectada, apologista da liberdade de expressão, criação e compartilhamento.

¹¹¹⁷ Frise-se que a descentralização e independência dos sistemas contribuíram de sobremaneira com esta tendência de liberdade não controlada.

¹¹¹⁸ Cf. NEGROPONTE, Nicolas. **A vida digital**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Cia. das Letras, 1995, pp. 156-157. O autor chega a comparar a rede ao modelo áero geométrico da formação de vôo dos patos

¹¹¹⁹ LEMOS, Ronaldo. **Cibercultura como território recombinate**. in Territórios recombinaes: arte e tecnologia. Camila Duprat Martins, Daniela Castro e Silva e Renata Motta orgs. pp. 35-48. Cadernos Instituto Sergio Motta. v. 13. São Paulo Coleção Cultural, 2007, p. 37.

¹¹²⁰ Aponte-se que o surgimento da cibercultura deve-se em muito aos novos dispositivos tecnológicos de comunicação, como os telefones móveis, netbooks, tablets, etc. Aparentemente deve-se a Alice Hilton, fundadora do Instituto de Pesquisas Ciberculturais a responsabilidade pela criação da expressão cibercultura. Vd.

Todavia, este ideal libertário estava fadado ao controle sobre o fluxo, como também sobre o conteúdo da informação circulante. Observe-se, neste sentido que a tecnologia quando potencializa e facilita o contato de seu utilizador com canais eficientes de interação e participação, ao mesmo tempo, reforça a vigilância do Estado e dos grupos de interesse sobre a rede deste utilizador¹¹²¹.

Na verdade, trata-se dum território informacional, constituído por dispositivos móveis, plataformas digitais, protocolos de acesso, todos interligados em redes sem fio. Mas, curiosamente, representa este território informacional na estruturação de zonas de controle de informação, resultado da interação do ambiente analógico com o digital¹¹²².

Inúmeros são os dispositivos digitais que fomentam o surgimento deste território informacional na rede, mas para o presente estudo o interesse particular dirige-se para os dispositivos que permitem a transferência de arquivos em rede utilizando a tecnologia de *file-sharing*, alcunhada de rede P2P, ou seja *peer-to-peer*, em português, par-a-par¹¹²³.

Estas redes foram construídas sob sistemas distribuídos, resultado da tendência natural de descentralização em engenharia de *software*, em conjunto com o crescimento da disponibilidade de novas tecnologias¹¹²⁴.

HILTON, Alice. **Logics, computer machines and automation**. Nova Iorque: Institute of Cybercultural Research. 1964. Mas diversos outros autores definiram de modo mais alargado a noção da expressão cibercultura. Para Pierre Lévy, por exemplo, a cibercultura é «o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço». LÉVY, Pierre. 1999. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, p. 17.

¹¹²¹ Por isso assinala Castells que as novas aplicações digitais, configuram-se facilmente à realidade distribuída em rede, facultando a identificação das rotas de comunicação e também de conteúdos. E ainda continua o autor: «Através do uso destas tecnologias, pode-se transgredir a privacidade e, enquanto se chega a relacionar determinados indivíduos com processos de comunicação específicos em contextos institucionais concretos, é possível utilizar todas as formas tradicionais de controlo político e organizativo contra o indivíduo ligado em rede.» CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Trad. Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 203.

¹¹²² Lembrando Foucault, como a soberania é exercida nos limites dum território, o território informacional compreende um lugar social de vigilância de fronteiras. Vd. FOUCAULT, Michel. **Securité, territoire e population: Cours au Collège de France, 1977-1978**. Paris: Gallimard, 2004. e LEMOS, André. 2007. **Mídia locativa e territórios informacionais**, in *Estéticas Tecnológica*, pp. 207-230. Priscila Arantes e Lúcia Santaella, orgs., São Paulo: Edição PUC/SP, 2007.

¹¹²³ Sobre o tema vd. BAUNER, Ulrich; RENDELL, Simon; PUHLER, Alexander. **Napster, Gnutelle, Kazaa and Beyond. Can the Music Industry Win The Battle Against File-Sharing Networks?** in *Computer Law Review International*, n.º 5, p. 129-137. 15.08.2004

¹¹²⁴ A computação centralizada foi substituída com o crescimento da internet pela computação distribuída, o que facilitou imensamente o surgimento destas redes de transferência de arquivos. Para uma compreensão técnica da infraestrutura do P2P vd. <http://p2pfoundation.net/Category:P2P_Infrastructure>. E ainda: ORAM, Andy. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies**. California: O'Reilly Media, 2001.

O crescimento da internet e o aumento da sua velocidade influenciaram o desenvolvimento das aplicações digitais que utilizam uma arquitetura P2P¹¹²⁵. Todavia, registre-se que o grande interesse atual por esta modalidade de mecanismo de transferência de arquivos digitais, deve-se fundamentalmente pela sua popularidade, massificação dos hábitos de consumo de bens culturais. E, ainda pelos casos judiciais emblemáticos de alguns produtos como o Napster, Gnutella, Kazaa, entre outros¹¹²⁶.

Nestas redes mais populares, cada nó é conhecido como *peer* e podem atuar simultaneamente tanto como cliente e como servidor. Desta sorte, tanto a informação quanto os recursos da rede podem ser disponibilizados de forma distribuída, sem depender muito duma visão global, centralizada. Assinale-se, que as redes P2P trabalham com uma comunicação direta entre *peers* autônomos, por isso, escaláveis. Ou seja, quanto maior for o número de *peers* maior será a distribuição da informação, tornando estas redes cada vez mais eficientes e diversificada em recursos¹¹²⁷.

Observe-se, também, que as redes P2P¹¹²⁸ podem ser classificados de acordo com o seu objetivo mais específico, como por exemplo, os sistemas de troca de arquivos, à semelhança do Gnutella, Kazaa e Napster; os sistemas de distribuição de recursos, à luz do SETI@Home, Avaki, Entropia, e projetos de Grid Computation; as redes de distribuição de conteúdo, como

¹¹²⁵ Claro está que a arquitetura P2P não se compreende uma novidade recente. Na verdade, já em 1979 as primeiras plataformas tecnológicas que utilizavam esta tecnologia de par-a-par surge com a USENET, a FidoNet e o sistema Domain Name System (DSN). Sobre o tema vd. BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006.

¹¹²⁶ Anote-se que o surgimento das redes P2P foi impulsionado com o crescimento das redes de computadores poderosas, com milhões de utilizadores na internet, aumentando a velocidade da banda e barateando os custos de aquisição e manutenção desta. Destaque-se que a eficiência das redes P2P depende em muito da disponibilidade de inúmeros pontos interconectados; pois quanto maior o número de recursos disponíveis, mais poderosa e eficiente torna-se a rede P2P. Cf. SUNDSTED, Todd. **The practice of peer-to-peer computing: Introduction and history. A new-fangled name, but an old and useful approach to computing**. IBM, Mar./2001, disponível em <http://cs2.swfc.edu.cn/~dyy/001_%E6%AF%95%E4%B8%9A%E8%AE%BE%E8%AE%A1/%E8%B5%84%E6%96%99/P2P/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing_%20Introduction%20and%20history.pdf>, acesso aos 17.01.2013.

¹¹²⁷ Destacam-se como características da rede P2P, a consciência de cada um dos *peers* (nós) da existência de outros *peers* na rede; a criação duma rede virtual que abstrai a complexidade da interconexão entre eles, burlando firewalls, subredes e os atrasos dos serviços de rede; a possibilidade de cada *peer* em atuar como cliente ou servidor; e, a formação pelos *peers* de comunidades que trabalham com dados e aplicações, que podem ser descritas como *peer groups*. Cf. SUNDSTED, Todd. **The practice of peer-to-peer computing: Introduction and history. A new-fangled name, but an old and useful approach to computing**. IBM, Mar./2001, disponível em <http://cs2.swfc.edu.cn/~dyy/001_%E6%AF%95%E4%B8%9A%E8%AE%BE%E8%AE%A1/%E8%B5%84%E6%96%99/P2P/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing_%20Introduction%20and%20history.pdf>, acesso aos 17.01.2013.

¹¹²⁸ Para uma compreensão das redes P2P vd. LIM, Pheh Hoon e LONGDIN, Louise. **P2P Online File Sharing Transnational Convergence and Divergence in Balance Stakeholder Interests**. In European Intellectual Property Review. v. 33, n. 11, 2011, p. 690 - 698.

a OpenCola, Blue Falcon Networks e Konitiki; e, por fim, os comunicadores, da qualidade do AOL Instant Messenger, do Yahoo!Messenger, do ICQ, do Jabber, entre outros¹¹²⁹.

O que se pretende estudar nesta quinta parte do estudo não é propriamente a tecnologia em si, mas sim o impacto desta na tutela autoral; mais especificamente compreender as formas especiais de aproveitamento das tecnologias digitais. Por isso é que para muitos autores o fenômeno do *file-sharing*, não se compreende como um ato de compartilhamento¹¹³⁰. Em realidade, dá-se com estes dispositivos ligados e interconectados na rede um ato de reprodução, já que ao utilizador restará a posse do conteúdo¹¹³¹.

A realização dos atos de compartilhamento de arquivos podem efetivar-se através de espaços na internet, como por exemplo uma página *web* ou um *weblog*¹¹³²; de *streaming*¹¹³³, de correio-eletrônico ou programas de conversação instantânea e de programas P2P.

Note-se que esta investigação dedicar-se-á mais especificamente a aprofundar o tema em sede de utilização dos programas de P2P, pois é sobre estes programas que os tribunais de justiça

¹¹²⁹ Cf. SUNDSTED, Todd. **The practice of peer-to-peer computing: Introduction and history. A new-fangled name, but an old and useful approach to computing.** IBM, Mar./2001, disponível em <http://cs2.swfc.edu.cn/~dyy/001_%E6%AF%95%E4%B8%9A%E8%AE%BE%E8%AE%A1/%E8%B5%84%E6%96%99/P2P/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing_%20Introduction%20and%20history.pdf>, acesso aos 17.01.2013. Na verdade as redes P2P compreendem diversas formas que se multiplicam a depender das novidades tecnológicas que permitem a sua execução. Assim, podem caracterizar-se como meros programas de conversação que permitem a transferência de arquivos, como é o caso do Windows Live Messenger, Skype e ainda como programas utilizados especificamente para a transferência de arquivos, como é o caso do Emule, do LimeWire e outros. Ressalte-se que o traço característico comum entre todos estes programas é a utilização da plataforma da internet como meio de permitir interações múltiplas, rápidas e eficientes entre os diversos utilizadores, localizados em diversos pontos do globo, que se dispõem ao compartilhamento de arquivos.

¹¹³⁰ Cf. LIEBOWITZ, Stan J. **File Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?** Journal of Law and Economics, vol. XLIX, Abr./2006, Disponível em <http://www.warsystems.hu/wp-content/uploads_bodo/liebowitz-File%20Sharing%20Creative%20Destruction%20or%20Just%20Plain%20Destruction.pdf>, consulta aos 23.01.2013.

¹¹³¹ Mas, a ação destas redes que comumente atrai os utilizadores é a de *space sharing*, ou seja deslocação espacial dos arquivos dum par a outro. Assim, a presente investigação fará uso da expressão compartilhamento, partilha ou transferência de arquivos para citar as ações realizadas pelos utilizadores que fazem uso destas redes que permitem o deslocamento espacial dos arquivos, sem que o seu proprietário fique despidido da posse de seus arquivos. Ressalte-se, inclusive que esta é a grande inovação ofertada pelas novas tecnologias de informação e comunicação; pois, no plano analógico se alguém pretende emprestar o último álbum da sua banda preferida para o seu melhor amigo, impossibilitado estará de fruir o bem, durante o período do empréstimo, mas no plano digital, com a utilização destas redes o ato de compartilhamento permite que diversos sujeitos realizem a fruição dum mesmo bem simultaneamente.

¹¹³² Ou comumente blogs, isto é simples páginas na internet, na qual em ordem cronológica o utilizador publica textos.

¹¹³³ Em português, lê-se fluxo de mídia, compreendendo um programa específico que interpreta, traduz, lê e executa de modo temporário, mas em tempo real sequência de pacotes que vão sendo descarregados. Vd. <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Streaming>> para um melhor entendimento técnico sobre esta espécie de plataforma de compartilhamento.

de todo o mundo vêm enfrentando inúmeros problemas no que diz respeito à tutela do direito de autor em face do limite da cópia privada¹¹³⁴.

Para utilizar uma rede de compartilhamento P2P é preciso que se faça uso dum programa de computador destinado especialmente para esta finalidade, assim este programa irá permitir a criação duma rede entre os computadores dos seus utilizadores, oferecendo uma comunicação interativa entre estes, facilitando portanto o compartilhamento de conteúdos destes utilizadores¹¹³⁵.

Ressalte-se que esta ligação faz-se através dos denominados «nós» de cada utilizador, que na verdade representam os discos rígidos dos utilizadores da rede que se encontram conectados. Assim cada um dos utilizadores pode aceder aos arquivos que se encontram armazenados nos discos dos demais utilizadores, formando uma rede composta por nós, clientes, servidores, e pares¹¹³⁶.

Cumpra-se, destacar, que esta tecnologia de ocmpartilhamento de arquivos na rede, pode assumir, qualquer uma das espécies de arquitetura das redes P2P, ou seja, a centralizada, a descentralizada e a híbrida. A arquitetura centralizada é considerada a primeira geração de aplicativos P2P e faz uso dum servidor central que reserva espaço para o armazenamento de diretórios dos arquivos de cada nó. Assim, quando um cliente entra na rede o seu diretório no servidor central é atualizado, de sorte que toda mensagem de controle ou de pesquisa é

¹¹³⁴ Como o emblemático julgamento do caso Napster, na ação promovida pela RIAA (Associação da Indústria de Gravação da América). Vd. MENN, Joseph. **All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster**. New York: Crown Business, 2003. Outros casos juntaram-se a este e hoje fazem parte da história jurídica das disputas entre as entidades de gestão coletiva de direitos de autor e os titulares de direitos sobre estes programas de compartilhamento. Exemplos outros semelhantes ao caso Napster, foram as decisões proferidas na disputa autoral sobre a plataforma de compartilhamento do LimeWire. Vd. MOSER, David J., SLAY, Cheryl L. **Music Copyright Law**. Boston: Course Technology, Cengage Learning, 2012. E mais recentemente o midiático caso do Pirate Bay. vd. CARRIER, Michael A. **The Pirate Bay, Grokster, and Google**. in Journal of Intellectual Property Rights, v. 15, January 2010, pp 7-18. Todos estes casos foram devidamente estudados na segunda parte desta investigação e o Megaupload, que retornou ao ar, muito recentemente, intitulado apenas «Mega. The Privacy Company», ou seja, «A Companhia da Privacidade», numa referência que os arquivos dos seus utilizadores agora serão criptografados. Na página de entrada da plataforma gráfica do programa a frase estampada, com as expressões, «Bigger, better, faster, stronger, safer», ou seja «Maior, melhor, mais rápido, mais forte e mais seguro» CAMILA, Rocha. **Mega estreia com show e problemas técnicos**. Link. Estadão.com.br. 21 de janeiro de 2013, disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/mega-estreia-com-show-e-problemas-tecnicos/>>, consulta aos 11.02.2013.

¹¹³⁵ Com maiores detalhes técnicos para compreender como funcionam as redes P2P vd. P2P Foundation. **Category: P2P Infrastructure**. Disponível em <http://p2pfoundation.net/Category:P2P_Infrastructure>, acesso em 20.02.2013. E ainda ORAM, Andy. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies**. California: O'Reilly Media, 2001.

¹¹³⁶ Assim o nó que faz o pedido para adquirir e armazenar o arquivo que se encontra noutro nó é chamado de cliente e, o outro que concede a autorização ou aquele que falcita o ato de transferência é chamado de servidor. Já os nós que realizam as duas funções de cliente e servidor, ou seja que realizam as duas operações, quais sejam de aquisição/armazenamento e a de autorização/facilitação são chamado de *peers*, isto é pares.

enviada para este servidor central. Em seguida este servidor central cruza as referências da pesquisa realizada pelo cliente com a base de dados que organizou da lista de diretórios armazenados no seu disco central. O resultado desta pesquisa é enviado como resposta ao cliente, podendo este contactar os demais utilizadores diretamente¹¹³⁷.

Já a arquitetura descentralizada, chamada também de pura, a figura do ponto de controle central não existe, por isso os nós exercem a função de *peers* autônomos, ou seja são clientes e servidores ao mesmo tempo; mas se encontram interligados, sendo possível a comunicação direta entre os mesmos. Afirmam os técnicos que esta infraestrutura de rede é mais robusta do que a centralizada, mas em contrapartida o tempo da pesquisa é maior e não tão seguro, já que o resultado desta pode não ser o esperado pelo utilizador¹¹³⁸. Esta arquitetura permite que um *peer* envie a requisição do recurso na rede a todos os *peers* com os quais tem conexão, em seguida estes *peers* vão repassando a consulta a outros *peers* de sua própria conexão. A resposta à pesquisa poderá vir de qualquer peer ligado à rede, seja ou não conexão do *peer* que realizou a consulta¹¹³⁹.

Por fim, tem-se a arquitetura híbrida ou também chamada de descentralizada controlada, na qual se tem a noção de *super nudes*, ou seja, uma modalidade de controle central, que funciona como um ponto global que mantém algum controle sobre os nós que estão conectados a ele. Na verdade, trata-se de sub-redes P2P, exigindo para a comunicação dum nó que integra uma sub-rede, com outro nó de sub-rede diversa, a passagem da informação pelos *super nudes* responsáveis por cada sub-rede¹¹⁴⁰.

Outrossim, o sucesso destes programas deve-se em grande parte às tecnologias de compressão e de gravação desenvolvidas, especialmente aos formatos áudio e vídeo, ou seja o MP3 e o DivX, respectivamente. Sem dúvida, assinala-se que a ausência destas tecnologias afetaria imensamente a popularização hoje alcançada destes programas de compartilhamento¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ Exemplo típico desta modalidade de arquitetura é o programa NAPSTER. Vd. ORAM, Andy. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies**. California: O'Reilly Media, 2001.

¹¹³⁸ O Gnutella, o Freenet e o Bearshare são programas que representam esta espécie de arquitetura.

¹¹³⁹ Vd. ORAM, Andy. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies**. California: O'Reilly Media, 2001.

¹¹⁴⁰ São representantes desta espécie de arquitetura o Kazaa, iMesh, Grokster, eDonkey e WinMx.

¹¹⁴¹ Cf. LIEBOWITZ, Stan J. **File Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?** Journal of Law and Economics, vol. XLIX, Abr./2006, Disponível em <http://www.warsystems.hu/wp-content/uploads_bodo/liebowitz-File%20Sharing%20Creative%20Destruction%20or%20Just%20Plain%20Destruction.pdf>, consulta aos 23.01.2013.

Afirme-se que a potencialidade destas redes de compartilhamento abala a estrutura, dantes solidificada, das indústrias de áudio e vídeo, habituadas a uma modalidade de negócio tradicional, na qual os seus clientes eram meros utilizadores dos bens que comercializavam para consumo. Como já bastante estudado nesta investigação estas novas tecnologias de informação e comunicação, abriram espaço para um número infinito de possibilidades de interação.

Por isso, é que se cumpre neste momento indagar se para além desta afetação de ordem económica e social a esfera jurídica também foi alterada em face destes novos mecanismos de compartilhamento em rede. Ou seja, analisar se a tutela de direito de autor dos bens intelectuais expostos ao compartilhamento na rede pelos seus próprios utilizadores, extrapola os limites já estudados do direito de autor; especialmente, o limite da cópia privada.

Saliente-se, que ao longo desta pesquisa muitas das dúvidas sobre esta afetação jurídica da tutela autoral já foram postas em debate, tendo-se apresentado inclusive algumas soluções de posicionamento sobre os temas discutidos. Mas, agora é momento de chegar a uma especificação da matéria em face destas redes partilha, melhor em face dos atos de compartilhamento que tais redes permitem aos seus utilizadores, quais sejam os atos de *download* e *upload* da obra protegida pelos direitos de autor.

Óbvio está que o aprofundamento desta temática, passa certamente pela análise mais densificada de três faculdades patrimoniais do direito de autor, isto é, as faculdades de reprodução, de comunicação da obra ao público, melhor de colocação da obra à disposição do público. Assim, o aprofundamento da pesquisa que se fará a seguir levará em consideração as particularidades destas duas faculdades em face dos atos de compartilhamento de arquivos utilizando as redes digitais estudadas em linha acima.

Como já discutido anteriormente em parte anterior deste estudo sobre a faculdade de reprodução da obra protegida pelo direito de autor muitas dúvidas são levantadas quando esta é analisada em face do ambiente digital. Pois, equivocadamente a noção de reprodução encontra-se atribuída à existência duma cópia tangível¹¹⁴².

Ressalte-se, nesta ordem de ideias a necessidade em distinguir-se dois elementos que completam a noção de reprodução, ou seja, os elementos técnico e jurídico. De modo mais

¹¹⁴² Vd. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os Actos de Reprodução em Ambiente Digital. As transmissões digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 71-72.

restrito encontra-se a fixação como elemento técnico imprescindível ao ato de reprodução; já de modo mais alargado admite-se a fixação como um requisito jurídico para a reprodução¹¹⁴³.

Todavia, como já referido anteriormente, compreende-se que a fixação não se enquadra como um requisito para concessão da tutela autoral. Reside este entendimento no fato de que o ato de reprodução tanto pode realizar-se num suporte físico ou digital.

Assim, o entendimento a ser adotado consubstancia-se na compreensão de que a fixação corresponde a um mero requisito tecnológico, não podendo atribuir-se à mesma qualquer valoração jurídica. Lembre-se que esta compreensão firma-se, mesmo com a constatação de que o elemento fixação é necessário como requisito tecnológico até mesmo para os atos de reproduções na internet.

Saliente-se, que em geral as reproduções no âmbito digital prescindem dum corpo mecânico, mas também aqui a fixação prévia ao ato de reprodução ocorre. Na verdade esta fixação é necessária como requisito tecnológico, pois sem ela o programa de computador não executa o arquivo a ser reproduzido.

Muito embora, imperceptível aos olhos humanos a fixação tecnológica ocorre, algumas de modo transitório outras nem tanto; já que a transitoriedade desta fixação tecnológica digital e necessária para a reprodução, em muito depende da capacidade de armazenamento em disco e do comando que se tenha dado a respeito do período de armazenamento.

Na verdade, ao contrário da Convenção de Berna, dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, sobre Direitos de Autor e sobre Interpretação e Execução de Fonogramas e do Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, a Diretiva 2001/29/CE estabeleceu as fixações meramente instrumentais de natureza temporária como reproduções indiretas¹¹⁴⁴.

Como é óbvio inúmeras foram as críticas apresentadas ao texto da Diretiva 2001/29/CE, especialmente em virtude da quebra da harmonia da tutela autoral no espaço comunitário e

¹¹⁴³ A fixação e a reprodução também são elementos distintos para Gendreau e Ficsor. Vd. GENDREAU, Ysolde. **Le Droit de Reproduction et L'Internet**. Revue Internationale du Droit d'Auteur - RIDA, n.º 178, 1998; e, FCISOR, Mihály. **The Law of Copyright and the Internet**. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford, 2002.

¹¹⁴⁴ Esta previsão leva ao entendimento de que basta haver fixação para que exista reprodução. AKESTER, Patrícia. **O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital**. Principia: Cascais, 2004, pp. 95-97. Sobre os arts. 2.º e 5.º da Diretiva 2001/29/CE vd. GUIZZARDI, Sílvia. **La Nuova Disciplina del Diritto d'Autore nella Società dell'Informazione alla Luce della Directiva 2001/29**. In Europa e Diritto Privato, n.º 3, 2002, pp. 813-831.

internacional, estabelecendo-se distorções no regime de proteção do direito de reprodução, que inclusive foram transpostas por alguns Estados-Membros¹¹⁴⁵.

O legislador português tratou de regulamentar o direito de reprodução no n.º 7, do art. 176.º apresentando uma noção de reprodução que confere uma certa autonomia ao elemento fixação. Todavia, esta autonomia é compreensível, na medida em que este dispositivo regula os direitos conexos. O que, muito provavelmente, não é suficiente para extrair uma intenção do legislador em atribuir valoração jurídica ao ato de fixação, compreendendo-se, portanto, a sua natureza como meramente técnica e necessária para a concretização do ato de reprodução.

Neste sentido, conforme analisado em linhas acima no ambiente digital não faz sentido a autonomia deste elemento, pois que a fixação configura-se como uma medida tecnológica necessária para a reprodução. O que não será, portanto, diferente para as redes P2P¹¹⁴⁶.

Concretamente, nas redes P2P a transmissão do arquivo de um utilizador para o outro, dá-se mediante a realização de dois atos de reprodução; ou seja, o do utilizador que coloca a obra no disco rígido do seu computador e a disponibiliza na rede, e o do outro utilizador que armazena

¹¹⁴⁵ Observe-se que a única exceção de natureza injuntiva para os Estados-Membros diz respeito ao direito de reprodução temporária, conforme a previsão do n.º 1, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE. Para Oliveira Ascensão esta norma deveria ter sido automatizada em dispositivo apartado, informando apenas que o direito de reprodução não incorpora as reproduções meramente técnicas, transitórias e necessárias para o processo tecnológico de transmissão. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os Actos de Reprodução em Ambiente Digital. As transmissões digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 71-72, p. 77. O legislador português cuidou de transpor para o n.º 1, do art. 75.º do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos a previsão contida nas alíneas a) e b), do n.º 1, do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE incorporando assim o que fora regulamentado no Considerando 33 desta legislação comunitária. De modo geral para uma análise sobre a transposição da Diretiva 2001/29/CE em alguns Estados-membros vd. CORBET, Jan. **La Transposition en Droit Belge de La Directive D'iteur dans la Société de L'Information**. in *Revue Internationale du Droit d'Auteur – RIDA*, n.º 206, pp. 5-63, 2005, p. 13; REBELLO, Luiz Francisco. **La Transposition de La Directive n.º 2001/29/CE dans le Droit Portugais**. in *Revue Internationale du Droit d'Auteur – RIDA*, n.º 206, 2005, pp. 148-159.

¹¹⁴⁶ Vale ressaltar, que esta discussão, é resultado da opção do legislador autoral português em elencar o elemento da fixação, no n.º 2, do art. 68.º do Código de Direitos de Autor e Conexos, como um direito exclusivo do autor, derealizar ou autorizar que outros realizem esta fixação. *Verbis*: «d) A fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução mecânica, eléctrica, electrónica ou química e a execução pública, transmissão ou retransmissão por esses meios;» Como, também pela disposição expressa na alínea i), do referido artigo que considera incorporar-se ao ato de reprodução, também, as reproduções temporárias, ou meramente técnicas. *Verbis*: «i) A reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte;». Todavia, mais à frente no seu art. 75.º o legislador autoral português, retira do conteúdo do direito de reprodução tais atos, esclarecendo o âmbito de proteção do direito de reprodução. *Verbis*: «ARTIGO 75º Âmbito 1 — São excluídos do direito de reprodução os actos de reprodução temporária que sejam transitórios ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si, significado económico. (...)» PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpp.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

o arquivo no disco rígido do terminal. O primeiro utilizador realiza um ato de *upload* e o segundo utilizador um ato de *download*.

Assim cumpre-se indagar se os atos de *download* e de *upload* afetam a tutela do direito de autor, como também, o poder de reprodução das obras protegidas?

Saliente-se, desde já, que ambos os atos configuram-se isoladamente em reproduções permanentes e não autorizadas pelo titular dos direitos de autor¹¹⁴⁷. Mas, a análise que se pretende efetuar nesta quinta parte da investigação diz respeito à realização destes atos no domínio do limite da cópia privada.

Ademais, importa analisar se a concretização destes atos de reprodução no ambiente digital, através das redes P2P, gera para o utilizador o dever de reparar os eventuais prejuízos sofridos pelo titular de direitos de autor.

Outrossim, destaque-se que a realização dos atos de *download* e *upload* produz consequências não somente na esfera jurídica do utilizador, mas, também, na esfera doutros sujeitos envolvidos no fornecimento, distribuição e, desenvolvimento destas plataformas digitais de compartilhamento de arquivos em linha. A exemplo das figuras do criador e do fornecedor das redes P2P.

Assim, no que toca aos reflexos jurídicos da prática de tais atos de *download* e *upload* na esfera do criador e do fornecedor das redes P2P, cumpre-se investigar a atribuição, para estes, dum suposto dever geral de vigilância. Obrigando-se, portanto, a vigilância dos atos de reprodução praticados por terceiros neste ambiente digital de compartilhamento de arquivos.

Daí que, a análise sobre a obrigação de vigilância às redes P2P, reside, também, em saber o grau e o âmbito deste dever geral imputado aos criadores e fornecedores dos programas de compartilhamento de arquivos. Pois, apesar de qualquer comando normativo autorizar e obrigar a vigilância destas redes, a proteção da reserva da identidade e da privacidade do utilizador dos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital é um limite a ser respeitado.

¹¹⁴⁷ Cf. LEWINSKI, Silke von. **Certain Legal Problem Related to the Making Available of Literary and Artistic Works and other Protected Subject Matter Through Digital Networks**. UNESCO, Jan.-Mar./2005, p.5. Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/26128/11514179891lewinski_e.pdf/lewinski_e.pdf>, acesso em 14.07.2012.

Sem embargo, o objetivo principal deste dever geral de vigilância é detectar o compartilhamento de conteúdos ilícitos pelos utilizadores das redes P2P. Assim, cumpre-se indagar sobre a possibilidade de se imputar aos criadores e fornecedores dos programas de compartilhamento de arquivos a responsabilidade pelo uso por terceiros da obra protegida, nestas redes P2P, que escapa ao limite da cópia privada.

5.1 A (i)licitude da cópia digital para uso privado realizada através de mecanismos de compartilhamento de arquivos em ambiente digital

O estudo da (i)licitude da cópia digital para uso privado realizada através de mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede, necessariamente, demanda uma certa compreensão técnica sobre estes mecanismos tecnológicos de compartilhamento, especialmente no que concerne ao modo como os atos de reprodução são realizados nas redes P2P. Por isso, inicialmente, faz-se necessário identificar algumas destas plataformas tecnológicas, bem como o seu modo de funcionamento.

Na verdade de longa data já se utilizava mesmo que rudimentarmente mecanismos de compartilhamento, mas que eram utilizados apenas para armazenar dados digitais em grande número; como foi o caso das fitas magnéticas que se desenvolveram anos depois para os cartuchos e fitas cassetes¹¹⁴⁸.

Mas, somente na década de 70 que a empresa IBM comercializou pela primeira vez os disquetes de 8 polegadas, que substituíram os velhos cartões perfurados, utilizados para inserir os dados nos computadores, bem como as fitas magnéticas. Todavia, esta nova tecnologia só foi disponibilizada ao grande público, nos finais dos anos 70, altura em que a Apple lançou o computador pessoal Appel II, com a tecnologia dos disquetes em dois leitores inserida na unidade central de processamento do computador (CPU) e, já num formato mais reduzido, de 5,25 polegadas¹¹⁴⁹.

Em meio a este lançamento da Apple surge mais uma tecnologia de compartilhamento o BBS sigla em inglês que significa Bulletin Board System, ou seja, Sistema de Quadro de Avisos. Esta tecnologia reside no acesso a sistemas mediante um login, através de discagem telefônica, que se encontrava conectada a um modem Flickr/Blake Patterson, permitindo ao utilizador valer-se de funções como partilha de mensagens e arquivos, fóruns, jogos on-line em modo texto e chat¹¹⁵⁰.

Já em 1985 o protocolo de transferência de arquivos (FTP - File Transfer Protocol, em inglês) foi criado para a troca de dados dum servidor central para outro dispositivo utilizando a

¹¹⁴⁸ Cf. DEMETER, Tamás. **The history of ideas and the history of communication: some lessons for researchers of a mobile information society.** in Információs Társadalom, n.º 4, 2007, p. 97-106, Editorial Board Information Society.

¹¹⁴⁹ Para maiores detalhes vd. BRADY, Will, ELKNER, Jeffrey. **Introduction to Information and Communication Technology.** Disponível em <<http://openbookproject.net/courses/intro2ict/index.html#>>, acesso aos 07.10.2012.

¹¹⁵⁰ Cf. MOREAU, René. **The Computer Comes of Age: The People, the Hardware, and the Software.** trd. J. Howlett, Cambridge: MIT Press, 1984.

internet, ou redes que usem protocolo de controle de transmissão (TCP - Transmission Control Protocol, em inglês), que ainda hoje é utilizado, mas muitos afirmam que o mesmo não garante segurança na transferência de dados¹¹⁵¹.

Entretanto, somente nos anos 90, a rede mundial de computadores (WWW - World Wide Web) foi criada por Tim-Berners Lee, que consiste num sistema que permite a visualização de textos e mídias a partir dum navegador (browser, em inglês). É assim, que a internet, apenas criada com objetivos estritamente militares na década de 60, é disponibilizada ao grande público, que inicialmente a utiliza estritamente para o comércio. Mas, que culminou numa explosão de números e modos de utilização, revolucionando a forma como a humanidade interage socialmente¹¹⁵².

Mas, foi a partir da democratização do uso da internet que os primeiros softwares para comunicação e partilha de arquivos surgem. Muitos foram eles, todavia em 1998 chamou a atenção o programa Audiogalaxy, criado por Michael Merhej, que se constituía num serviço que permitia a partilha de arquivos entre os seus utilizadores. Pode-se dizer que este foi o pai do peer-to-peer (par-a-par), sistema no qual os utilizadores partilham entre si arquivos, dado que cada um deles funciona ao mesmo tempo como servidor e cliente de arquivos; dispensando-se, portanto, um servidor central para armazenar todos os dados¹¹⁵³.

Todavia, o programa mais famoso de todos foi o NAPSTER criado em 1999 por Shawn Fanning¹¹⁵⁴, devido ao rápido sucesso que alcançou, bem como ao desconforto que gerou entre artistas famosos, produtores, gravadoras, como também, a justiça e o senado norte-americano¹¹⁵⁵. O programa permitia que os seus utilizadores realizem-se uma pesquisa por

¹¹⁵¹ Para mais referências históricas do desenvolvimento das tecnologias vd. IFRAH, Georges. **The Universal History of Computing: From the Abacus to the Quantum Computer**. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2001.

¹¹⁵² Registre-se que o desenvolvimento *da world wide web* teve início em 1980, com o desenvolvimento do ENQUIRE por Tim Berners-Lee, na altura funcionário do CERN - Organização Europeia para a Investigação Nuclear, na Suíça. O ENQUIRE foi um projeto utilizado para reconhecer e armazenar associações de informação e, assim estabelecia a diretriz de que para cada nova página no ENQUIRE deveria haver ligação à uma página já existente. Cf. SWEDIN, Eric G., FERRO, David L. **Computers: The Life Story of a Technology**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

¹¹⁵³ Notável como o mundo das ciências tecnológicas permite que um estudante de Ciência da Computação da Universidade do Texas, democratize o meio pelo qual a sociedade passa a comunicar-se, multiplicando as formas de transferência de conhecimento, educação e cultura, alterando completamente o espaço físico humano social. Vd. CERUZZI, Paul E. **A History of Modern Computing (History of Computing)**. 2 ed. Massachusetts: Massachusetts Institute Technology, 2003.

¹¹⁵⁴ Shawn Fanning, com apenas 19 anos, programador e ainda estudante da Universidade Boston Northeastern, em apenas dois anos levou o programa que criou a ser utilizado por mais de 70 milhões de pessoas. Cf. MENN, Joseph. **All the Rage: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster**. New York: Crown Business, 2003.

¹¹⁵⁵ Os Metallica no ano de 2000 processaram o Napster após uma das suas músicas, ainda em versão demo, ter sido compartilhada na rede, e reproduzida nas principais rádios norte-americanas. Esta ação foi impetrada também contra a Universidade do Sul da Califórnia e Indiana, uma vez que os estudantes destas haviam

arquivos indexados, por meio dum único servidor, entretanto utilizando a tecnologia peer-to-peer para os atos de download, ou seja, atos de obtenção de dados de um dispositivo através de um canal de comunicação.

Logo após às dificuldades do Napster para manter os seus serviços ativos em virtude da batalha judicial que enfrentou¹¹⁵⁶, os seus utilizadores ávidos pelo acesso dantes proporcionado, migram para outros programas na tentativa de encontrar alternativas eficazes. É assim que desponta no ano de 2.000 o Gnutella¹¹⁵⁷, que funciona por meio de um protocolo que permitia a troca de arquivos peer-to-peer, com a vantagem de não necessitar de um servidor central para armazenamento dos dados, como ocorria com o Napster¹¹⁵⁸.

Na Estônia, surge o Fast Track, mais um programa de compartilhamento de arquivos em linha, utilizando tecnologia peer-to-peer, que mais tarde foi utilizado para a criação em 2001 do Kazaa e lançado pela Consumer Empowerment. A empresa, com o início de uma série de ações judiciais por violação de direitos autorais, vendeu o Kazaa que passou em 2006 apenas a oferecer a transferência de arquivos legais¹¹⁵⁹.

Ainda em 2001, surge o BitTorrent um protocolo criado pelo programador americano Bram Cohen e, a despeito de utilizar a mesma tecnologia peer-to-peer, permite o download mais

compartilhado os arquivos, tendo a banda alegado que o programa Napster havia fomentado a prática de atos ilegais de distribuição e reprodução, pois não autorizados. O desfecho foi a interferência do Senado norte-americano, obrigando ao então presidente do Napster, Hank Berry a depor nesta casa, fustigando ainda mais a decisão da justiça que determinou a retirada de todas as músicas da banda do programa. Para maiores detalhes sobre a ação vd. MENN, Joseph. **All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster**. New York: Crown Business, 2003.

¹¹⁵⁶ A RIAA (Associação da Indústria de Gravação da América) pressionou judicialmente o Napster que se viu obrigado a sair da rede em julho de 2001, após a nona apelação apresentada, por não conseguir cumprir a ordem judicial que obrigou a empresa a impedir que todo o material protegido por direitos de autor fosse compartilhado pelo sistema que criaram e disponibilizaram ao público. Desfecho final desta longa batalha judicial ocorreu no ano de 2002, quando o Napster apresentou pedido de proteção contra a falência e foi comprada por US\$ 8 milhões pela Bertelsmann. Sobre o assunto: MENN, Joseph. **All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster**. New York: Crown Business, 2003.

¹¹⁵⁷ O programa Gnutella foi utilizado para a criação, anos depois, do LimeWire, programa de código aberto e gratuito, que também por ordem judicial viu o seu fechamento ser determinado, após uma batalha judicial com a RIAA. O mandato obrigou o LimeWire a deixar de operar permitindo o compartilhamento de conteúdo protegidos pelo direito de autor, entre os seus utilizadores. Em 2010 e 13 gravadoras promoveram uma ação contra a LimeWire que temendo pagar uma indenização de US\$ 75 trilhões em danos por violação aos direitos de autor, viu-se obrigada a ceder e a retirar a possibilidade de *download* do programa do seu site na rede. Para uma melhor compreensão sobre a batalha judicial em face das mídias, especialmente a musical, disponibilizada em rede vd. MOSER, David J., SLAY, Cheryl L. **Music Copyright Law**. Boston: Course Technology, Cengage Learning, 2012 p. 271-292.

¹¹⁵⁸ Sobre o desenvolvimento da internet nas últimas duas décadas vd. ROBISON, Michael. **History of the Internet**. New York: Kindle Edition, 2012.

¹¹⁵⁹ Mais uma batalha judicial ganha pela RIAA, cuja estória por exterminar todo e qualquer programa que permita o compartilhamento de arquivos em linha, resulta num aumento de popularidade entre diversos artistas, dantes desconhecidos que passam ao rol da fama pela curiosidade dos utilizadores de programas como estes que após o anúncio de mais uma batalha judicial, ficam ainda mais ansiosos por encontrar alternativas ao programa fechado por ordem judicial.

rápido de arquivos¹¹⁶⁰. Esta inovação é resultado da introdução no protocolo do conceito de partilhar o que já foi descarregado; por isso, otimiza o desempenho do sistema, por forma a que este trabalhe por um lado com taxas altas de transferência, e por outro com um grande número de utilizadores realizando downloads dum mesmo arquivo simultaneamente¹¹⁶¹.

A despeito do fechamento do Napster e da certeza de novas ações promovidas pela RIAA (Associação da Indústria de Gravação da América), bem como, pelas gravadoras, novos programas continuavam a surgir, muito em função dos utilizadores dos programas fechados pelas decisões judiciais, que procuravam novas alternativas de espaço para o compartilhamento de arquivos na rede.

Foi assim, que em 2002 surge eMule, que já foi lançado como uma alternativa ao eDonkey 2000, só que desta feita com uma tecnologia mais avançada, que incluía a criação de recursos aperfeiçoados, como por exemplo a recuperação dos arquivos, cuja transferência foi interrompida e, ainda o estabelecimento de igualdade na taxa de velocidade para as transferências entre todos os utilizadores do programa¹¹⁶².

Muito embora, registre-se que o caso mais emblemático da última década foi o do Pirate Bay, criado em 2003 na Suécia, apenas como um espaço aberto para debater com os utilizadores da rede as leis de proteção dos direitos de autor; logo tornou-se um sucesso entre os partilhadores de arquivos, que para além de discutir as leis protetivas dos direitos de autor, permitiam a pesquisa de arquivos torrents.

¹¹⁶⁰ Para um desenvolvimento sobre o impacto das novas redes P2P no regime jurídico da cópia para uso privado vd. GANLEY, Paul. **Surviving Grokster: Innovation and the Future of Peer-to-Peer.** in European Intellectual Property Review, v. 28. n.º 1, p. 15 - 25, Jan./2006.

¹¹⁶¹ Refira-se, que o programa BitTorrent quebra os arquivos em pequenas partes de no máximo de 256Kb. Por isso esta tecnologia permite que os utilizadores partilhem de forma desordenada e aleatória partes do arquivo a ser transferido, que serão reunidos após a transferência num mesmo arquivo final. O sucesso do programa entre os utilizadores da rede deve-se ao fato de que o mesmo evita longas filas de espera, já que todos os utilizadores partilham entre si, pequenas partes do mesmo arquivo, sem sobrecarregar o servidor central. De sorte que a lógica utilizada pelo program é de quanto maior for o número de utilizadores a partilhar, mais rápida será a transferência do arquivo, dado o aumento da largura de banda. A evolução da tecnologia peer-to-peer pode ser melhor analisada em MINAR, Nelson, HEDLUND, Marc. **A Network of Peers: Peer-to-Peer Models Through the History of Internet.** p. 3-20, in ORAM, Andy. ed. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies.** California: O'Reilly & Associates, 2001.

¹¹⁶² Sobre o desenvolvimento dos programas que utilizam a tecnologia *peer-to-peer*, vd. KWOK, Yu-Kwong Ricky. **Peer-to-Peer Computing: Applications, Architecture, Protocols, and Challenges.** New York: Chapman & Hall Book, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2012. Destaque-se, também, a crescente evolução dos modelos tecnológicos das redes P2P. O objetivo principal da alteração tecnológica destas redes, não se deve apenas em razão de melhorar a sua eficiência e performance, mas também à necessidade de adaptar-se aos desenvolvimentos que ocorrem na legislação e nas decisões que imputam responsabilidade indireta aos prestadores intermediários de services em linha. Sobre o tema vd. AKESTER, Patrícia e LIMA, Francisco. **Copyright and P2P: Law Economics and Patterns of Evolution.** in European Intellectual Property Review, v. 28. n.º 11, p. 76 - 79, Nov./2006.

O Pirate Bay¹¹⁶³ funciona proporcionando aos seus utilizadores em forma de índice a pesquisa de arquivos torrents pelo seu site. O arquivo em formato .torrent, agindo conjuntamente com um cliente Bit Torrent, oferta ao seu utilizador informações suficientes sobre outros utilizadores, permitindo, assim a transferência dum arquivo ou de vários reunidos. A tecnologia consiste em identificar quais são os utilizadores que também estão a transferir ou a compartilhar o mesmo arquivo ou conjunto de arquivos¹¹⁶⁴.

Frise-se que a tecnologia utilizada pelo Pirate Bay dificultou em muito o trabalho dos juristas graças à tecnologia utilizada que apenas hospeda os torrents, arquivos que funcionam meramente como links para acesso ao arquivo a ser transferido. Assim, o utilizador do arquivo torrent, acede ao arquivo desejado que se encontra armazenado nos computadores de outros utilizadores da rede.

Portanto, a tarefa do Pirate Bay seria apenas de facilitar a pesquisa, apresentando ao seu utilizador o caminho para o arquivo localizado no computador dum outro utilizador da plataforma. O que implica dizer que nada fica armazenado no servidor do Pirate Bay¹¹⁶⁵.

No caso Pirate Bay a opinião do tribunal foi baseada na lei sueca, em particular, a sua interpretação mais extensiva, de certo modo pressionada pelas consequências que o resultado da sentença, poderiam vir a gerar especialmente no mundo das indústrias de mídias. Entendeu, portanto, o tribunal sueco que o Pirate Bay foi um infrator colaborativo, que à luz do sistema jurídico sueco em particular significa uma pessoa que não pratica diretamente um ato ilícito mas colabora de alguma maneira com a infração cometida por outra¹¹⁶⁶.

Aponte-se assim, que parece ser esta a linha das decisões futuras que virão sobre a matéria; ou seja os tribunais, muito provavelmente irão considerar responsáveis solidários na violação dos

¹¹⁶³ Cf. KWOK, Yu-Kwong Ricky. **Peer-to-Peer Computing: Applications, Architecture, Protocols, and Challenges**. New York: Chapman & Hall Book, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2012.

¹¹⁶⁴ Tendo se auto-denominado o «tracker BitTorrent mais resiliente da galáxia», a plataforma ofertada pelo Pirate Bay utiliza um protocolo BitTorrent capaz de gerir um grande número de arquivos. Os fundadores do Pirate Bay são Gottfrid Svartholm, Fredrik Neij e Peter Sunde.

¹¹⁶⁵ Sobre a tecnologia utilizada pelo Pirate Bay leia-se neste mesmo sentido Demócrito Reinaldo Filho, que aponta: «Em razão da peculiaridade dessa tecnologia - os arquivos protegidos por direitos autorais não ficam hospedados no servidor do site -, os seus diretores alegaram que não poderiam ser responsabilizados pela troca ilegal de conteúdo, devendo a responsabilização recair sobre os internautas que realizam o compartilhamento. A indústria fonográfica discorda. Seus advogados alegam que, ao financiar, programar e administrar o site, os quatro estão infringindo os direitos autorais dos titulares dos arquivos baixados.» FILHO, Demócrito Reinaldo. **Violação de direito autorial na web. Condenação do site Pirate Bay na Suécia demonstra tendência da justiça internacional na punição de downloads ilegais.** in Revista Visão Jurídica, disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/39/artigo151288-1.asp>>, acesso aos 07.10.2012.

¹¹⁶⁶ Para detalhes sobre a decisão do Tribunal Sueco no caso vd. CARRIER, Michael A. **The Pirate Bay, Grokster, and Google.** in Journal of Intellectual Property Rights, v. 15, January 2010, pp 7-18.

direitos de autor, qualquer um que fomente, auxilie ou assista passivamente os utilizadores da sua plataforma colaborativa a partilhar arquivos protegidos pelos direitos de autor¹¹⁶⁷.

Decisões como estas demonstram que há uma preocupação crescente com o desenvolvimento das novas tecnologias colaborativas que utilizam uma plataforma descentralizada para a partilha dos arquivos disponibilizados em linha¹¹⁶⁸.

Todavia, toda essa discussão entre a proteção dos direitos de autor e o exercício da garantia de acesso ao conhecimento aparentemente passa ao largo para Chad Hurley e Steve Chen, fundadores do YouTube uma plataforma colaborativa que surge em 2005 e devido ao sucesso estrondoso fora comprada pela Google no final de 2006 por US\$ 1,65 bilhão¹¹⁶⁹.

Essa façanha foi conseguida logo após a compra do YouTube pela Google que conseguiram acordos com os representantes da IFPI (Federação Internacional das Indústrias Fonográficas), atuando assim preventivamente a futuras ações por violação dos direitos de autor¹¹⁷⁰. Por outro lado obriga-se o YouTube a atuar fortemente no sentido de evitar que os seus utilizadores compartilhem conteúdos protegidos pelo direito de autor, informando os mesmos das

¹¹⁶⁷ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aos 13.03.2013, na decisão do caso Neij e Sunde Kolmisoppi v. Sweden (Ação n.º 40397/12), unanimemente não aceitou rever o julgamento decidido pelo tribunal sueco. A Corte Europeia reiterou os argumentos dos autores sobre o direito garantido a todos para receber e difundir informação na internet. Todavia, entendeu que a finalidade perseguida pelos autores era eminentemente lucrativa, fomentando o compartilhamento de conteúdos protegidos pelo direito de autor. Acrescentou a Corte Europeia, ainda, que a sua decisão precisava equilibrar dois interesses opostos, ambos protegidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ou seja, equilibrar o interesse dos autores de fomentar a partilha na internet de conteúdos protegidos pelo direito de autor, conforme expresso no art. 10 da referida Convenção, como, também o direito dos titulares de direitos de autor de se protegerem contra eventuais violações. EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Neij and Sunde Kolisoppi v. Sweden - Pirate Bay and copyright on Internet**. Decisão na Ação n.º 40397/12, ECHR 076 (2013), publicada em 13.03.2013 Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4288974-5121717>>.

¹¹⁶⁸ A decisão da Corte Sueca encontra-se na página *web* da IFPI (Federação Internacional das Indústrias Fonográficas) que disponibilizou uma versão não oficial traduzida para o inglês. Vd. SUÉCIA. Corte Distrital de Stockholm. **IFPI, Antipiratbyrå and MAQS Law Firm Advokatbyrå KB v. Fredrik Neij, Gottfrid Svartholm, Peter Sunde and Carl Lundström**. VERDICT B 13301-06 (Stockholm District Court, Division 5, Unit 52, Apr. 17, 2009), Disponível em <<http://www.ifpi.org/content/library/Pirate-Bay-verdict-English-translation.pdf>>.

¹¹⁶⁹ Notícia veiculada nos principais jornais do mundo. No Brasil, amplamente relatada pela Folha de São Paulo, particularmente em matéria denominada «**Google anuncia compra do YouTube por US\$ 1,65 bilhão**» publicada aos 09.10.2006 às 17h31, pela Folha On Line, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20725.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

¹¹⁷⁰ Após a compra do YouTube pela Google, rapidamente arranhou-se um acordo com as principais indústrias fonográficas, a Universal Music Group, Sony BMG e a emissora de TV norte-americana CBS, assumindo-se o compromisso da não veiculação através da sua plataforma de conteúdos protegidos por direito de autor. Em contrapartida a Google através do seu serviço Google Video, obteve a permissão de exibir vídeos das gravadoras Sony BMG e Warner Music Group. Para maiores detalhes sobre os acordos vd. Folha de São Paulo On Line, em matéria publicada aos 09.10.2006 às 12h32 intitulada «**YouTube fecha acordo com duas gravadoras e uma emissora de TV**», disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20720.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

penalidades a que estão sujeitos. E não raras as vezes a equipe do YouTube vê-se obrigada a remover conteúdos compartilhados que julga serem violadores dos direitos de autor¹¹⁷¹.

Não é só! Entre os mais famosos programas de compartilhamento encontra-se o Megaupload criado em 2005 por Kim "Dotcom" Schmitz. Esta plataforma consiste em fornecer aos seus utilizadores um serviço web de arquivamento compartilhamento de arquivos bastando para isso apenas um clique¹¹⁷². Ou seja, o utilizador realiza o arquivamento na plataforma do programa de um arquivo seu e logo em seguida envia a ligação (link) para outro utilizador realizar a transferência.

Outro forte concorrente, que utiliza uma plataforma tecnológica semelhante ao Megaupload é o Rapidshare, criado por Christian Schmid, em 2006, denominando-se na altura de ezShare, e apresentava uma solução para o envio de arquivos muito grandes. No início a plataforma era um serviço privado, mas o seu grande sucesso obrigou o seu criador a abrir a plataforma para todos¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ Mais ainda há por referir sobre o fenómeno YouTube que em 2011 alcançou a marca de 4 bilhões de vídeos assistidos, o que corresponde a um aumento de 25% em apenas oito meses, muito em decorrência da oferta do serviço a dispositivos móveis, como tablets e smartphones. Simplesmente para festejar os números o Google lançou o <<http://www.onehourpersecond.com/>>, que mostra estatísticas curiosas sobre a utilização do YouTube. Propaga o web site logo na sua entrada que em apenas 1 segundo, 1 hora de vídeos são transferidos pelos seus utilizadores para a sua plataforma, que se encontra acessível a todos.

¹¹⁷² A plataforma do programa é extensa dado que fornece ao seu utilizador diversos serviços, como por exemplo, o Megapix, exclusivamente para fotos, o MegaVideo, exclusivamente para vídeos, o MegaPorn, com conteúdo exclusivamente pornográfico, o MegaLive, que fornece serviço de *streaming* de vídeo e o MegaBox, exclusivamente para músicas. Mas esta plataforma não foi tratada da mesma forma que a ofertada pelo YouTube, muito pelo contrário a plataforma na rede do Megaupload foi fechada e o seu fundador acusado de violar os direitos de autor. A Indústria Fonográfica diferentemente dos números apresentados pelo YouTube, não viu com bons olhos os números do Megaupload que até Janeiro de 2012, havia alcançado mais de 150 milhões de utilizadores registrados e 50 milhões de visitantes diários e quase 4% de todo tráfego da internet mundial. Estes números podem ser visualizados no vídeo produzido pelo seu próprio fundador. DOTCOM, Kim. **Megaupload Song HD**. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=o0Wvn-9BXVc>, acesso aos 07.1.2012.

¹¹⁷³ A despeito do RapidShare afirmar ter 1 milhão de visitantes por dia e que já armazenou o equivalente a 1 Petabytes (ou 1 milhão de Gigabytes), nos últimos dois anos estes números decresceram bastante. Muito em virtude da atuação da Agência Alemã de Direitos de Autor (GEMA) ter obtido uma ordem judicial contra o RapidShare.de e RapidShare.com, alegando que este último utilizara sem autorização os conteúdos protegidos de membros da GEMA. Diante deste fato o RapidShare viu-se obrigado a verificar os novos arquivos enviados pelos seus utilizadores comparando-os com uma base de dados de arquivos que já haviam sido denunciados por violarem os direitos de autor. A despeito desta ação prévia, válida ao rigor da lei norte-americana, os tribunais alemães entenderam que a medida não bastava para impedir os atos de *download* e *upload*. Assim o RapidShare foi obrigado a verificar todos os arquivos enviados pelos seus utilizadores antes de publicá-los. O que implicou na obrigação do RapidShare de entregar às grandes gravadoras os detalhes pessoais dos seus utilizadores que enviaram arquivos protegidos pelos direitos de autor. Após esta ação o RapidShare tratou de se redimir perante os seus utilizadores, declarando que não mais iria inspecionar os arquivos enviados pelos seus utilizadores, garantindo a estes que o arquivamento dos arquivos era seguro, somente acessível pelo próprio utilizador, salvo estes, através de um *link*, permitissem o *download* dos seus arquivos. Esta decisão do Tribunal alemão foi amplamente divulgada pelos principais jornais internacionais. Vd. FOLHA ON LINE. **Alemanha condena serviço Rapidshare a pagar multa de R\$ 66 milhões**. matéria divulgada em 24.06.2009 às 16h32. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u585789.shtml>>, acesso aos 07.10.2012. A decisão

Sem embargo, a atuação dos denominados xerifes da internet causou uma grande movimentação no mundo dos compartilhadores, já que em 19.01.2012 o Megaupload teve o acesso à rede bloqueado pelo Departamento Federal de Investigação (FBI) dos Estados Unidos da América. Aponte-se que a atuação deste Departamento ocorreu sem qualquer julgamento final na Justiça norte-americana, com a fundamentação de que a plataforma permite e promove a distribuição em massa de conteúdos protegidos pelo direito de autor de forma ilegal.

No dia seguinte ao fechamento da plataforma na rede o Tribunal Neozelandês decretou a prisão do criador do Megaupload e dos seus diretores, bem como o bloqueio de suas contas pessoais e da empresa e ainda o confisco de todos os seus bens¹¹⁷⁴.

Afora estas diversas tentativas de forçar um recuo das ações dos compartilhadores na rede, através de medidas fortes contra os criadores das plataformas tecnológicas que de alguma forma, facilitam as partilhas dos arquivos, o Senado norte-americano apontou para a discussão de dois projetos de lei, bastante semelhantes, denominados de PIPA¹¹⁷⁵ e SOPA¹¹⁷⁶.

Estes projetos estabelecem medidas a serem aplicadas, unicamente, em razão de simples denúncia, permitindo que um sítio completo da internet veja o seu acesso bloqueado. Este bloqueio é determinado estando ausente um julgamento imparcial e, ainda sem a necessidade duma audiência judicial, para averiguar a veracidade das alegações. Responsabilizando-se solidariamente, assim as plataformas com programas colaborativos pelos conteúdos transmitidos pelos seus utilizadores, mesmo sem a sua interferência.

Todavia, um gigantesco protesto mundial contra estes dois projetos de lei, forçou o Senado norte-americano a suspender a votação dos mesmos em janeiro de 2012¹¹⁷⁷. Participaram desta

do Tribunal Alemão pode ser lida no original em alemão vd. <<http://webhosting-und-recht.de/urteile/Oberlandesgericht-Hamburg-20080702.html>>, e com tradução para o inglês, vd. ALEMANHA> Tribunal Regional Superior de Hamburgo. Julgamento de 02.07.2008 - Az: 5 U 73/07 – Responsabilidade do Rapidshare IV. Disponível em <<http://translate.google.com/translate?u=http%3A%2F%2Fwebhosting-und-recht.de%2Furteile%2FOberlandesgericht-Hamburg-20080702.html&hl=pt-PT&ie=UTF-8&sl=de&tl=en>>, acesso em 07.10.2012.

¹¹⁷⁴ Vd. FOLHA ON LINE. **Tribunal neozelandês decreta prisão preventiva do fundador do Megaupload.** Fonte EFE, 20.01.2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1037003-tribunal-neozelandes-decreta-prisao-preventiva-do-fundador-do-megaupload.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

¹¹⁷⁵ PIPA - Protect Intellectual Property Act (Lei de Proteção à Propriedade Intelectual), uma versão deste projeto pode ser encontrado em <<http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>>.

¹¹⁷⁶ Sopa - Stop Online Piracy Act (Lei para impedir a pirataria online), uma versão deste projeto pode ser encontrada em <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.3261>>.

¹¹⁷⁷ Os intitulados defensores da liberdade na internet explicam as suas razões, e o que pretendem os dois projetos, apresentando os problemas da legislação proposta inclusive através de um vídeo, amplamente divulgado na rede, que pode se encontrado em <<http://internetassociation.tumblr.com/post/31843784269/can-you-guess-which-youtube-users-we-highlighted>>.

campanha artistas, organizações, tendo sido a mesma iniciada pelas grandes empresas da rede, a Google, o Facebook, a Amazon e o eBay, que fundaram a Associação da Internet, com o intuito de ampliar as suas vozes no Congresso norte-americano¹¹⁷⁸.

Outrossim, cumpre-se, referir que o tema em discussão nesta seção da investigação funda-se em identificar se o ato de compartilhamento de arquivos contendo obras protegidas pelo direito de autor é realizado ou não no âmbito da legalidade.

Inicialmente, afirme-se desde já que a cópia de obras protegidas, realizada em plataformas digitais P2P, que se pretende agora discutir, reside naquela efetuada em sede de uso privado¹¹⁷⁹. Portanto, o que se discute é a legalidade do ato de reprodução não autorizado e concretizado em sede de uso privado nestas plataformas digitais.

Obviamente que a solução a apresentar-se deve estar em linha com os contornos, já definidos nesta investigação, sobre conteúdo e o âmbito de aplicação do uso privado no ambiente digital. E, que deve fundamentar-se no, necessário, equilíbrio dos diversos interesses envolvidos e que se encontram em constante interação e movimento no que concerne à cópia para uso privado.

Assim, sem embargo, se o ato de reprodução encontra-se no limite da cópia privada não há que se falar em violação ao direito de autor, pois dentro da campo da licitude está o ato.

Trata-se, na verdade, dum ato de reprodução concretizado dentro do limite da cópia privada. Assim, pouco importa se a cópia privada é realizada no domínio das redes P2P, o limite intrínseco é o mesmo.

No entanto, a cópia para uso privado realizada no ambiente digital, em particular aquela concretizada por meio das plataformas digitais P2P, é resultado da efetivação de dois atos próprios dos mecanismos de compartilhamento de arquivos em linha, quais sejam, o ato de *download* e o ato de *upload*. Por isso, de modo a apresentar uma análise mais completa sobre a licitude da cópia para uso privado nestas redes de compartilhamento de arquivos, prudente é que se realize um estudo individualizado dos atos de *download* e *upload*.

¹¹⁷⁸ O site da Associação já se encontra ativo em < <http://internetassociation.org/>>.

¹¹⁷⁹ Vd. CANADÁ. **Copyright Infringement by Photocopy Services CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada** (2204 SCC 13) with remarks by Lukas. in *Computer Law Review International*, n.º 3, p. 82- 86. 15.06.2004. E também: CANADÁ. **Copyright Infringement by File-Swapping. BMGM Canada Inc v. John Doe** (2004 FC 488) with remarks by Nitoslaws. in *Computer Law Review International*, n.º 3, p. 87- 90. 15.06.2004.

5.1.1 O ato de *download* e a (i)licitude da cópia digital para uso privado

O *download* trata-se duma expressão em inglês, comumente utilizada para indicar o ato de baixar, descarregar, ou melhor de transferir arquivos digitais, contendo dados em formatos diversos, de um computador remoto para um computador local que armazena uma cópia destes arquivos digitais. Ressalte-se que o computador remoto que armazena os originais dos arquivos digitais transferidos, pode configurar-se em servidores dedicados, a exemplo do servidor FTP, no simples acesso a uma página da internet no navegador, num servidor de correio eletrónico ou noutro computador, como na hipótese duma rede P2P¹¹⁸⁰.

Na verdade, o cuidado em definir a noção do ato de *download* reside em mais acertadamente compreender se é possível o seu enquadramento ao regime jurídico da cópia para uso privado. O que importa em definir a licitude ou a ilicitude deste ato, em especial no regime jurídico autoral português, como, também no brasileiro.

Claro está que o enfrentamento desta matéria funda-se em compreender o âmbito e os contornos do exclusivo autoral no seu escopo patrimonial, precisamente quanto ao seu poder de reprodução em face do uso privado. Pois, a realização da cópia para uso privado impõe ao autor da obra protegida pelo direito de autor um dever de abster-se de impedir os atos de reprodução, mesmo aqueles realizados em ambiente digital, como é o caso do ato de *download*.

No que se refere ao regime autoral português, a proteção do exclusivo autoral, no seu escopo patrimonial encontra-se disciplinada no seu art. 67.º, que tutela a fruição e a utilização da obra pelo autor garantindo à este as faculdades de «divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente» a sua criação intelectual.

Desta sorte, qualquer ato que implique a utilização da obra numa destas faculdades, em princípio, encontra-se tutelado como um exclusivo de exploração económica, compreendendo-se, portanto, no âmbito do direito de autor.

¹¹⁸⁰ Neste mesmo sentido Alberto Vieira destaca que o *download* compreende a «recepção num computador de um ficheiro armazenado remotamente noutro local, que pode ser um servidor Web, um servidor FTP, um servidor de correio electrónico ou outro computador, por exemplo, numa rede P2P [peer-to-peer]. Este termo, porém, vem muitas vezes associado a uma segunda operação efectuada no computador receptor pelo seu utilizador e que é a gravação do ficheiro». VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 424.

Especificamente, quanto à faculdade de reprodução, como já analisado na terceira parte desta investigação, observe-se que a sua disciplina encontra-se expressa na legislação autoral portuguesa na alínea i), do n.º 2, do art. 68.º. A disposição neste artigo contida encerra a noção e os contornos do direito de reprodução, estabelecendo-se que os atos de reprodução, quer sejam eles diretos ou indiretos, temporários ou permanentes, realizados «por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte», são garantidos ao autor. Portanto, atribuindo-se à este o controle sobre os atos de reprodução, também, no ambiente digital.

Todavia, não subsistirá este controle sobre os atos de reprodução, na hipótese da utilização da obra protegida não encerrar aproveitamento econômico, nem tão pouco destinar-se à uma finalidade comercial. Assim, implicando a utilização da obra ao uso privado, não haverá ilicitude neste ato de reprodução, pois que fundado nos limites do direito de autor, conforme a disciplina geral do art. 75.º da lei autoral portuguesa.

Registre-se, neste sentido que o regime da cópia para uso privado expresso na alínea a), do n.º 2, deste mesmo art. 75.º, da lei autoral portuguesa, inclui aos limites do direito de autor a cópia digital para uso privado. Pois, optou o legislador por uma redação que garanta a aplicação do limite aos atos de reprodução concretizados «em qualquer meio», admitindo, portanto, a amplitude do regime da cópia para uso privado, alcançando, também, os atos de cópia no ambiente digital¹¹⁸¹.

Observe-se, no entanto, que para considerar lícita a cópia digital para uso privado, a lei autoral portuguesa submete este ato de reprodução ao exame do triplo teste, conforme já estudado anteriormente, na análise do n.º 4, do art. 75.º, colacionada com a alínea b), do art. 81.º. Isto é, apenas será lícito o ato de reprodução para uso privado, se esta utilização «não prejudicar a exploração normal da obra ou prestação nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos»¹¹⁸².

Todavia, o exame da licitude da cópia digital para uso privado não pode ficar restrito à análise dum único ato de reprodução. Pois, não se apresenta este como um critério adequado a ser utilizado na avaliação sobre a afetação ou não da normal exploração da obra, bem como na

¹¹⁸¹ PORTUGAL. **Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal**. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

¹¹⁸² Cf. VICENTE, Dário Moura. **Cópia privada e Sociedade da Informação**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual, ano 2005, p.4. Disponível em, <<http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/c%C3%B3pia%20privada%20e%20sociedade%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>, acesso aos 28.12.2013.

detecção de injustificado prejuízo aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra.

Qualquer estudo sobre a verdadeira extensão do dano que afeta a normal exploração da obra ou que traga prejuízos injustificados aos interesses legítimos do titular de direitos de autor, exigirá a análise do número de todos os atos de reprodução concretizados sobre uma mesma obra protegida¹¹⁸³.

Desta sorte, como já estudado anteriormente na terceira parte desta investigação, a exigibilidade de atendimento aos critérios do triplo teste, resultaria numa insegurança não desejada para o utilizador que realiza o ato de reprodução. Pois, não é dado ao utilizador, nesta hipótese, a oportunidade de compreender se o seu ato de reprodução afeta a normal exploração da obra ou lhe traz prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra¹¹⁸⁴.

No ambiente digital os atos de reprodução realizam-se por meio do ato de *download* que compreende a transferência de arquivos dum computador remoto para um computador local¹¹⁸⁵. Transferência esta que pode decorrer dum mero ato de *loading, browsing, caching*¹¹⁸⁶ ou mesmo na ação de *file sharing*.

Por isso, esta investigação enfrentou, previamente, o tema sobre as reproduções meramente temporárias, de modo a compreender o âmbito e a extensão do poder de reprodução. A importância deste esclarecimento reside em verificar se os atos realizados no ambiente digital

¹¹⁸³ Qualquer entendimento contrário implicará no reconhecimento de que todo e qualquer ato de reprodução para uso privado não escapa ao exame do triplo teste. Já que, potencialmente, danoso à normal exploração da obra ou aos legítimos interesses do titular de direitos de autor, deixando este de receber a devida remuneração sobre a cópia realizada. Assim, quanto maior for o número de cópias, maior será o dano sobre o exclusivo patrimonial do autor, violando, portanto os dois últimos critérios do triplo teste. Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, v. VIII, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹¹⁸⁴ Para Christophe Geiger há um manifesto perigo na aplicação da regra do triplo teste. GEIGER, Christopher. **Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private copy Exception in the Digital Environment**. in Computer Law Review International, n.º 1, p. 7- 13, Fevereiro, 2005 p. 12.

¹¹⁸⁵ Como bem refere Alberto Vieira o ato de gravação destes arquivos transferidos do computador remoto para o local é posterior ao ato de *download* que implica em transferência do arquivo digital. Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 424.

¹¹⁸⁶ Aponte-se que também no caso da legislação de Estados que adotam a doutrina do *fair use* ou do *fair dealing* a solução apresentada para o caso português também não pode ser emprestada; na medida em que não estabelecem como limite ao direito de autor a grantia da cópia privada. José Alberto Vieira enfatiza a este respeito que a territorialidade característica do direito de autor é própria em criar estas distorções de sistemas; pois, a cada Estado cabe a definição da proteção jusautorai que pretende conferir internamente. Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 459.

para a concretização da cópia para uso privado configuram-se em reproduções meramente temporárias. Já que se adotando esta compreensão não estariam tais atos incorporados ao exclusivo autoral. Concluindo-se, assim, pela licitude da cópia digital para uso privado realizada quando ausente a autorização para o efeito.

Mas, não pode ser esta a compreensão a adotar para todo e qualquer ato de reprodução concretizado no ambiente digital. Pois, apenas alguns destes atos consistem em reproduções meramente temporária, já que transitórias, episódicas ou acessórias, configurando-se como partes integrantes e essenciais dum processo tecnológico.

Assim consistem os atos de *loading*, *browsing* e *caching*¹¹⁸⁷, pois não compreendem verdadeiros atos de reprodução no ambiente digital, portanto, sob a égide do exclusivo autoral; mas sim meras reproduções informáticas, que escapam ao controle do direito de autor¹¹⁸⁸.

Já os atos de *download* compreendem-se como atos de reprodução para a realização da cópia para uso privado. Neste sentido, incorporados pelo exclusivo autoral, conforme a disposição do art. 2.º da Diretiva 2001/29/CE, mas que integram os seus limites, conforme o regime da cópia privada digital na alínea b), n.º 2), do seu art. 5.º.

No que concerne ao regime jurídico brasileiro, o legislador com bastante cuidado, regulou o poder de reprodução, no inciso VI, do art. 5.º, e disciplinou o regime da cópia privada, no inciso II, do art. 46. Observe-se, que a opção do legislador autoral brasileiro foi a de adotar uma noção mais abrangente do que se entende por reprodução. Por isso, nesta noção incluiu-se os atos de cópia, realizados em «qualquer forma tangível», ou «por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido»¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁷ Para uma melhor definição destes atos realizados no ambiente digital. Vd. NAVEGADOR. in **Wikipédia [Em linha]**. 2013. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Navegador>>, consultado em 06.01.2014. LOAD. in **Índice do dicionário técnico**. Guia do Hardware, Carlos Morimoto, 26.06.2005. Disponível em <<http://www.hardware.com.br/termos/load>>, consultado em 06.01.2014. E, CACHE. in **Índice do dicionário técnico**. Guia do Hardware, Carlos Morimoto, 26.06.2005. Disponível em <<http://www.hardware.com.br/termos/cache>>, consultado em 06.01.2014.

¹¹⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos de Autor e Conexos Inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público**. in Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação. p. 1063-1080. Coimbra: Almedina, 2001.

¹¹⁸⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

Portanto, conclui-se pela inexistência da responsabilidade civil e penal do autor da cópia da obra protegida efetuada por *download* no âmbito duma rede de compartilhamento de arquivos na internet¹¹⁹⁰.

Registre-se, que esta solução não se altera na hipótese do *download* ser realizado em computador que esteja fora de Portugal, desde que neste território seja possível a aplicação do regime legal português¹¹⁹¹.

No caso da legislação brasileira a compreensão é diversa, na medida em que na revisão de 1996 estabeleceu que o limite da cópia privada não admite a cópia integral, mas apenas “um pequeno trecho” desta¹¹⁹². Destaque-se, inclusive que a lei anterior era mais flexível que a atual, uma vez que possibilitava a utilização coletiva da cópia desde que ausente o intuito de lucro.

Cumpre-se destacar que a referência aos «pequenos trechos» expressa no inciso II, do art. 46, da legislação autoral brasileira, não se encontra definida. Imputando-se, assim, uma obrigação de remissão indireta para outras fontes normativas.

De qualquer sorte, em virtude da ausência duma fonte expressa que defina a noção de «pequenos trechos», acabou-se por estratificar-se o entendimento de que esta expressão importa na autorização para a realização de cópia no montante de um terço do total da obra protegida pelos direitos de autor¹¹⁹³.

Como referido acima, a disposição da anterior legislação autoral brasileira, a Lei n.º 5.988 de 1973, disciplinava o regime da cópia para uso privado, estabelecendo a licitude para o ato de reprodução concretizado num só exemplar, desde que ausente a finalidade lucrativa. Assim, a

¹¹⁹⁰ Neste sentido aponta VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 458.

¹¹⁹¹ Conforme a aplicação do princípio da territorialidade, previsto no art. 63.º do Código de Direitos de Autor e Conexos português.

¹¹⁹² A lei autoral brasileira anterior (Lei n.º 5.988/73) permitia a cópia integral, no seu art. 49, que determinava «Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor: II – A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro». Destaque-se que a despeito dessa previsão a legislação autoral brasileira anterior apenas fazia referência à cópia privada analógica. BRASIL. **Lei n.º 5.988, de 14 de Dezembro de 1973**. Revogada pela Lei nº 9.610, de 98, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15988.htm>.

¹¹⁹³ O que se vem entendendo como de 10% a 15% do total da obra. Segundo, inclusive, o que defende a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), no seu projeto intitulado «Pasta do Professor», que estabelece a licitude da cópia realizada para fins educacionais em pontos autorizados de reprodução. Saliente-se, a pouca praticidade deste projeto ao determinar a obrigatoriedade de registro do nome e do CPF do aluno na cópia realizada, bem como, a restrição do uso apenas para fins educacionais. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS. **Projeto Pasta do Professor**. Disponível em <<https://pastadoprofessor.com.br/portal/>>.

versão anterior da lei brasileira disciplinava, com maior amplitude, o regime da cópia para uso privado; pois que, diversamente da atual versão, não limitava o montante da cópia em apenas «pequenos trechos» da obra protegida.

Ademais, refira-se que ambas as versões da legislação autoral brasileira não cuidaram de estabelecer com maiores detalhes limites fundados no uso educacional, nem tão-pouco no interesse social, a exemplo do caso dos atos de reprodução concretizados pelas bibliotecas para fins de manutenção e guarda do acervo.

Observe-se, assim a falta de cuidado da legislação autoral brasileira no estabelecimento de limites adequados aos usos convencionais e frequentes realizados especialmente no ambiente digital. A exemplo da necessidade de convergência tecnológica para a utilização de dispositivos de reprodução de mídias.

Por isso, o ato de *download* duma obra completa para a legislação autoral brasileira será considerado ilícito, já que imposto o limite da cópia para «pequenos trechos». Seguindo-se, assim, a orientação do legislador autoral brasileiro que no inciso IV, do seu art. 5.º incorpora ao exclusivo patrimonial os atos de reprodução concretizados em «qualquer forma tangível incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos» ou «qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido»¹¹⁹⁴.

Entendimento que se reforça pela análise do art. 46 da lei autoral brasileira, na medida em que não elenca nenhum limite fundado na cópia integral para uso privado.

Ademais, desarrazoada foi a opção do legislador autoral brasileiro pela exigência de autorização dos titulares de direitos de autor para a concretização dos atos de reprodução meramente técnicos e necessários ao funcionamento do sistema.

Note-se, também, que a despeito da exclusão do direito de autor nos casos de reprodução temporária cujo objetivo seja «tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico»¹¹⁹⁵, a disposição do § 1.º, do art. 30 da lei autoral brasileira, encontra-se restrita a

¹¹⁹⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

¹¹⁹⁵ *Verbis*: «§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico (...)». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

esta qualidade de utilização¹¹⁹⁶. Ou seja, não estende esta exclusão ao regime da cópia para uso privado.

Portanto, no território brasileiro o sujeito que realiza um ato de reprodução temporária, como no caso do serviço de *streaming*¹¹⁹⁷, que se caracteriza pelo armazenamento da cópia no computador local ao mesmo tempo em que se dá a reprodução da obra, viola o direito de autor.

Todavia, num exercício de criatividade indaga-se sobre a manutenção da ilicitude, em face da atual legislação autoral brasileira, realizando o utilizador diversos atos de reprodução de pequenos trechos da obra até a obtenção da cópia integral. Aparentemente, esta solução apresenta-se favorável à licitude dos atos de reprodução, posto que realizados no exercício do limite da cópia privada, em pequenos trechos, num só exemplar.

Note-se, inclusive que é muito comum esta ação nas redes de compartilhamento, já que nem sempre a largura da banda oferta uma velocidade de transferência suficiente para que a cópia ocorra de modo integral, obrigando o utilizador a reiterar o ato de *download* em pequenos trechos até obter a cópia integral da obra¹¹⁹⁸.

5.1.2 O ato de upload e a (i)licitude da cópia digital para uso privado

O ato de *upload* caracteriza-se pela transferência de dados dum computador local para outro computador local ou servidor. Observe-se, que este ato de transferência quando realizado em rede em geral concretiza-se através dum servidor que faz uso da tecnologia FTP ou HTTP para efeitos de transmissão dos dados que se pretende¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ *Verbis*: «§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico (...)». BRASIL. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

¹¹⁹⁷ Serviços ofertado pelo *Youtube* aos seus clientes. Mas que é oposto aos casos de download direto para armazenamento no computador local. Pois, nos serviços de *streaming*, como é o caso do serviço ofertado pelo *Youtube*, o utilizador precisa estar conectado à internet, sempre que deseje reproduzir o arquivo acedido no site do *Youtube*.

¹¹⁹⁸ Obviamente que esta solução de interpretação da norma não é a que fornece melhor segurança jurídica, mas até que o Congresso Nacional resolva por em discussão o projeto de alteração da Lei n.º 9.610/98, a lei autoral brasileira, não há outra alternativa.

¹¹⁹⁹ Neste sentido vd. UPLOAD. In **Infopédia [Em linha]**. Porto: Porto Editora, 2003-2014. Disponível na [www: <https://www.infopedia.pt/pesquisa-global/upload>](https://www.infopedia.pt/pesquisa-global/upload), acesso aos 30.01.2014.

Frise-se que o ato de *upload* caracteriza-se, essencialmente, pela disponibilização de dados para um dispositivo, representando, assim, o inverso do ato de *download*. De fato, ambos os atos sustentam-se pela ação de transmissão e fundamentam-se num problema cuja distinção, tão-somente, observa-se na perspectiva do interlocutor. Pois que, na prática, quase sempre que se executa uma ordem para a concretização dum ato de *download* o mecanismo de interação da plataforma de partilha realiza o *upload*. Assim, a distinção entre os dois atos de transmissão de dados no ambiente digital deve ser estabelecida pelo dispositivo que primeiro iniciou a tarefa de transmissão¹²⁰⁰.

Sem embargo, o problema que se apresenta em discussão reside na licitude deste ato de *upload* quando o conteúdo do arquivo, protegido por direitos de autor, for transferido sem a prévia autorização do titular destes direitos, para a sua divulgação no ambiente digital. Pois, o que se debate na concretização deste ato é o exercício da faculdade patrimonial de comunicação da obra à disposição do público.

Desde já, pondere-se que o ato de *upload* não afeta propriamente a faculdade de reprodução, mas sim a faculdade de comunicação da obra ao público, que melhor se caracteriza no ambiente digital, com o exclusivo de colocar a obra à disposição do público.

O regime jurídico deste poder de comunicação da obra ao público encontra-se regulado pela legislação autoral portuguesa na alínea j), do n.º 2 do art. 68.º e na alínea d), do n.º 1 do art. 178.º, atribuindo-se, em exclusivo, esta faculdade ao autor como uma prerrogativa patrimonial.

Obviamente, neste contexto, a discussão sobre a licitude do ato de *upload* passa por identificar se o arquivo divulgado no ambiente digital continha ou não obra inédita¹²⁰¹, ou seja, saber se o arquivo transferido compreendia obra já divulgada ou publicada¹²⁰². E, ainda, estudar se o ato de transferência concretizado pelo *upload* do arquivo protegido resulta dum intuito lucrativo, comercial ou não.

¹²⁰⁰ Alberto Vieira entende que o ato de *upload* compreende a transmissão dum «ficheiro que se encontra num sistema local para outro sistema remoto, por exemplo, de um computador pessoal para um servidor Web». aponta VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 425.

¹²⁰¹ Vd. alínea a), n.º 2, do art. 195.º do Código de Direitos de Autor e Conexos portugueses.

¹²⁰² Frise-se que esta investigação adotou o entendimento que o direito ao inédito encerra-se com a publicação. O que implica em reconhecer ao autor o exclusivo sobre os atos de divulgação e publicação da obra em qualquer meio e sob qualquer forma. Neste mesmo sentido, Menezes Leitão compreende que «É em consequência do direito ao inédito que a lei pune como crime de usurpação a divulgação ou publicação abusiva das obras ainda não divulgadas nem publicadas pelo seu autor ou não destinadas a divulgação publicação (...)». LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2011, p.148.

Por isso, esclareça-se que as ações de «vazamento» na rede de conteúdos tutelados ainda inéditos, pelo menos ao grande público, apresentam-se maculadas em certa medida de ilicitude¹²⁰³.

Na verdade, a pretensa ilicitude reside na perda de controle pelo titular dos direitos de autor sobre os atos de colocação da obra à disposição do público, antes mesmo da sua oficial disponibilização ao público, em geral realizada num evento organizado para a sua estréia¹²⁰⁴.

Mas, para a deflagração desta ilicitude necessário faz-se a identificação do abuso no exercício do exclusivo patrimonial de colocação da obra à disposição do público. Abuso este que se compreende pela realização do ato de *upload* pelo utilizador dos mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede, com o estrito propósito de causar prejuízo ao titular de direitos de autor sobre a obra¹²⁰⁵.

Ademais, compreende-se também ilícita a ação de colocação da obra à disposição do público, por aquela realizada para a divulgação no ambiente digital de obra anteriormente já divulgada ou publicada¹²⁰⁶, sem a devida autorização do autor. Entretanto, o escopo da ilicitude nesta hipótese apenas se identifica quando se encontra presente a finalidade lucrativa.

Refira-se, ainda, que apesar da presente seção do estudo preocupar-se tão-somente com a discussão sobre os atos de compartilhamento de arquivos em rede sem finalidade comercial, econômica ou lucrativa, cumpre-se destacar que o legislador autoral português optou por distinguir duas categorias de atos ilícitos pela colocação da obra protegida à disposição em ambiente digital. Inclusive é o que se verifica na análise do n.º 1, do art. 195.º e da alínea a), do n.º 2, deste mesmo dispositivo legal, ambos disciplinando o ilícito de usurpação¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Prática comum caracterizada pela fuga ou vazamento de arquivos contendo obras protegidas pelo direito de autor que ainda não foram divulgadas pelos seus autores ao público. E, ainda pela colocação da obra à disposição do público para *download*.

¹²⁰⁴ Como ocorre, por exemplo, nas grandes estréias cinematográficas organizadas pela indústria cinematográfica em Hollywood.

¹²⁰⁵ Conduta que se enquadra na legislação autoral portuguesa pelo ilícito de usurpação, como estabelece a alínea a), n.º 2, do art. 195.º. Note-se que também se constitui ilícita a conduta do utilizador que coloca à disposição do público em ambiente digital, arquivo contendo obra protegida, divulgada e/ou publicada anteriormente pelo autor, que agora se recusa a permitir que a sua obra continue a ser divulgada ou publicada. Ou mesmo quando pretende exercer o direito de retirada de circulação de sua obra. CF. REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor**. v. I, Lisboa: Dom Quixote 1994, p. 61 ss.

¹²⁰⁶ Conforme a disciplina do, n.º 1, do art. 195.º da legislação autoral portuguesa, pois que se trata duma utilização da obra, através do exercício do poder de comunicação ao público previsto na alínea j), o n.º 2, do art. 68.º da legislação autoral portuguesa.

¹²⁰⁷ Sobre as sanções aplicáveis à prática de atos de reprodução ilícita, denominando-os de atos de pirataria vd. BLAKENEY, Louise e BLAKENEY, Michael. **Counterfeiting and Piracy - Removing the Incentives through Confiscation**. in *European Intellectual Property Review*, v. 30. n.º 9, p. 348 - 356, 2008. E, ainda

Observe-se, como já assinalado, que a opção do legislador autoral português foi a de imputar-se responsabilidade ao utilizador das plataformas digitais de compartilhamento de arquivos em rede pelo ato de *upload*, ou seja, pela ação de colocação da obra à disposição do público sem a autorização do autor. Sendo assim, irrelevante é considerar se esta ação encerra-se ou não no âmbito de obras protegidas inéditas. Aliás, o comando normativo é claro ao considerar ato de usurpação tanto a conduta do utilizador que coloca à disposição do público através do uso destes mecanismos de compartilhamento uma obra inédita ou uma obra já divulgada.

Todavia, no que concerne à concretização deste ato de *upload*, relativamente às obras já publicadas ou disponibilizadas pelo titular de direitos de autor, estando ausente a finalidade da vantagem econômica, a lei autoral portuguesa, não se apresenta clara quanto à imputação de responsabilidade ao utilizador pelo ilícito da usurpação.

Em boa medida, a inexactidão textual do n.º 1 do art. 195.º do Código de Direitos de Autor e Conexos português abre espaço para um acirrado debate sobre o tema, que, inclusive, se vem enfrentando nos tribunais.

Refira-se, ainda, que a alínea a), do n.º 2, do referido dispositivo legal português é bastante enfática ao expressamente imputar responsabilidade pelo ato de *upload*, independentemente da pretensão do utilizador obter ou não «qualquer vantagem económica».

Assim, em face desta diversidade de tratamento no art. 195.º da lei autoral portuguesa sobre a necessidade ou não de identificar-se o objetivo econômico do utilizador que realiza a ação de *upload*, deve-se ou não atribuir importância para a mesma. Ou seja, é possível compreender que o ato de *upload* realizado sobre as obras já publicadas e divulgadas pelo titular de direito de autor sem o propósito da vantagem econômica, trata-se de ação praticada no limite da cópia privada, compreendendo-se, portanto, como uma conduta lícita, afastando-se a conduta do ilícito de usurpação definido por este dispositivo legal?

Esclareça-se, que a solução para este problema importa em compreender efetivamente quais os contornos jurídicos do ato de *upload*, isto é, em definir quais as faculdades do exclusivo autoral podem ser tocadas pela concretização do mesmo. Assim, mais importante do que compreender se a ação de *upload* é praticada em sede de obra inédita, já publicada, divulgada

ou quando cessadas estas por vontade do autor, é definir este ato de utilização como um meio de exploração econômica da obra¹²⁰⁸.

Por isso, compreensível, é a manutenção do controle dos atos de utilização da obra exercido pelo autor. Entretanto, mesmo nesta hipótese, cabe analisar se este controle sobre os atos de utilização não impede a prática de utilizações livres admitidas pela lei.

Como já salientado anteriormente, compreende-se o ato de colocação da obra à disposição do público no âmbito do poder de comunicação da obra ao público, consoante a previsão da legislação autoral portuguesa, que não estabeleceu para este poder um limite fundado no uso privado. Portanto, se o autor não concedeu autorização para a prática deste ato, a concretização do mesmo, nestas condições, somente pode ser entendida como uma conduta ilícita¹²⁰⁹.

De sorte que, no ambiente digital o ato de *upload*, realizado sem o prévio e expresso consentimento do autor para tanto, configura-se num ilícito, pois afeta o seu exclusivo patrimonial. Assim, não importa qual a intenção do utilizador dos mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede no momento da concretização deste ato. Suficiente é, portanto, constatar-se que o exclusivo de exploração econômica do autor foi afetado, e que para esta qualidade de utilização não há previsão dum limite fundado no uso privado¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ A respeito observe-se o entendimento particular de Oliveira Ascensão em aplicar o n.º 1, do art. 195.º da legislação autoral portuguesa, na hipótese de ser identificado o propósito económico do utilizador na ação de *upload*. Pondera o autor que «(...) nunca se cai numa mera violação do direito pessoal, porque há sempre a utilização, que em termos de Direito de Autor é patrimonial mesmo não havendo fim lucrativo»(144). Portanto, entende o autor que, quando estejamos perante uma situação subsumível à previsão do n.º 1 do art. 195.º — utilização, por qualquer das formas previstas no CDADC, não autorizada de obra ou prestação protegida — e cuja conduta não seja subsumível à al. a) do n.º 2 do mesmo artigo, a conduta será punível mesmo que não haja o objectivo de obter vantagem económica, porquanto a mera utilização revestirá sempre carácter patrimonial.» ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Penal de Autor**. Lisboa: Lex, 1993, p. 467.

¹²⁰⁹ Afirmando que o ato de *upload* configura um meio do autor explorar economicamente a sua obra Alberto Vieira esclarece que o mesmo se integra no poder de comunicação ao público, e por isso «na falta de autorização do titular do direito de autor ou direito coneo, o *upload* consitui uma acção ilícita de violação deste direito, sujeitando o seu autor às sanções e procedimentos previstos legalmente para esta eventualidade». E, conclui: «Se o utilizador individual copia uma obra ou prestação protegida e a mantém disponível para a cópia de terceiros age ilicitamente, em violação do direito respectivo, e fica sujeito aos efeitos legais desta violação (responsabilidade civil, responsabilidade penal, apreensão dos objectos do crime) (...)»VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**. in *Direito da Sociedade da Informação*, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 459-461.

¹²¹⁰ Curioso é o entendimento de José Branco para quem a distinção de tratamento prevista no n.º 1 e na alínea a), do n.º 2, do art. 195.º da lei autoral portuguesa não incide sobre o propósito do utilizador de obtenção de vantagem económica, mas somente na situação diversa da obra. Ou seja, para o autor, aplicar-se-ia a alínea a), do n.º 2, deste dispositivo legal sempre que os atos de utilizações incidissem sobre obras não divulgadas ou publicadas ou para tanto não destinadas. E, a aplicação do n.º 1, dar-se-ia sempre que as utilizações ocorressem sobre as obras já publicadas ou divulgadas, desde que ausente a intenção do utilizador de obter vantagem económica ou lucrativa. BRANCO, José. **Comentário das Leis Penais Extravagantes**. In *Anotação ao artigo*

Quanto à legislação brasileira a análise do ato de *upload* deve permanecer no exclusivo de reprodução, em virtude do Brasil não haver aderido aos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, que determinou a previsão da faculdade de colocação da obra à disposição do público, como ínsita ao poder de reprodução, escapando, portanto do exclusivo de comunicação da obra ao público¹²¹¹.

Assim entende-se que no regime autoral brasileiro a ilicitude toca este ato de *upload*, pois entendido como reprodução, encontrando-se esta apenas autorizada para um pequeno trecho da obra.

Ademais, esta solução deve também ser adotado no regime jusautoral brasileiro no caso do exercício do limite da cópia privada ocorrer em ambiente digital, realizando-se dois atos de reprodução, um de *download* outro de *upload*. Para o efeito, suficiente que o utilizador realize apenas a reprodução em pequenos trechos.

Note-se, inclusive que é muito comum esta ação nas redes de compartilhamento, já que nem sempre a largura da banda oferta uma velocidade de transferência suficiente para que a cópia ocorra de modo integral, obrigando o utilizador a reiterar o ato de download em pequenos trechos até obter a cópia integral da obra.

Outrossim, aponte-se que a aplicação do limite da cópia privada para o ambiente digital no Brasil não se encontra previsto expressamente na legislação autoral, assim o uso deste limite é estendido num esforço de interpretação, dado o legislador não proibí-la e nem restringir o ato de reprodução apenas ao ambiente analógico.

Diferentemente do legislador brasileiro, tanto o legislador internacional como o comunitário inseriram o poder de colocação da obra à disposição do público, na faculdade de comunicação da obra ao público¹²¹². Na verdade, frise-se que o poder de colocação da obra à disposição do público encerra previamente um ato de disponibilização da obra, assim dúvidas apresentam-se quanto a inserção deste na faculdade de comunicação¹²¹³.

195.º do CDADC, AA.VV., v. 2. Org. José Branco e Paulo Pinto de Albuquerque. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 252 – 353.

¹²¹¹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹²¹² Vd. art. 8.º do Tratado sobre Direitos de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e o art. 3.º da Diretiva 2001/29/CE.

¹²¹³ Vd. GOMES, Paulo Jorge. **A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor**. IAC - Instituto Açoriano de Cultura, Angra do Heroísmo, 2011.

Frise-se, ainda que o alcance da faculdade de colocação da obra ao público encerra-se na acessibilidade da obra, por isso a distinção entre comunicação e colocação da obra ao público, já que a mera fixação da obra na internet não oferta garantia de que a obra será comunicada. Assim, protege-se o acesso à obra¹²¹⁴.

Por conseguinte, a solução adotada pela legislação portuguesa compreende que o ato de *upload* constitui uma modalidade de exploração econômica da obra, assim ausente o campo de incidência do limite para a cópia privada. De fato o ato de *upload* não pressupõe a realização duma nova cópia, apenas visa tornar acessível a obra ao público. Observe-se que ainda se pode identificar neste ato de *upload*, atos de simples leitura, visualização ou audição; problema acrescido é que à faculdade de *upload* é disponibilizada associando-se o ato de *download*.

Convém ponderar que o utilizador que coloca a obra na comunidade P2P, ou seja que executa um ato de *upload*, em face desse poder exclusivo de acessibilidade, viola o exclusivo autoral de colocar a obra à disposição do público, mesmo que a obra não tenha sido comunicada e apenas esteja meramente acessível.

Lembre-se que no regime jurídico português a defesa da ilicitude do ato de *upload* reside no fundamento de que o limite da cópia privada incide sobre a faculdade de reprodução, não havendo limitação para a faculdade de colocação ou mesmo de comunicação. Assim, ausente a autorização do titular do direito de autor para a execução do ato de *upload*, constituirá este uma infração.

Refira-se, a propósito das redes de compartilhamento que algumas delas são dotadas de programas de computador que estabelecem o armazenamento no diretório do utilizador que realiza o *download* do arquivo, ficando este automaticamente disponível para *download*.

De sorte que há programas, como é o caso do LimeWire que a operação de descarga duma obra protegida, coloca-a em simultâneo acessível para o *download* por outros utilizadores. Esta arquitetura do programa de compartilhamento determina a necessidade do *upload* para a

¹²¹⁴ Sobre a aplicação do conceito de publicação no ambiente digital vd. VICENTE, Dário Moura. **Lei Aplicável à Responsabilidade pela Utilização Ilícita de Obras Disponíveis em Redes Digitais**. in AA.VV. Direito da Sociedade da Informação, v. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 183. Note-se, que o autor entende que a aplicação da lei no caso de atos de reprodução em ambiente digital, deve adotar a lei aplicada no território em que se realizou o ato de upload. Vd. PINHEIRO, Luís de Lima. A Lei Aplicável aos Direitos de Propriedade Intelectual. in AA. VV., Direito da Sociedade da Informação, v. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 131-139.

execução do *download*. Neste programa em particular é possível ao utilizador quando este inicia o ato de *download* que se desconecte o compartilhamento do arquivo, ou seja o *upload*.

Claramente, identifica-se que o utilizador da rede de compartilhamento ao realizar um ato lícito de *download* pode simultaneamente realizar um ato ilícito, ou seja o *upload*.

Registre-se, todavia que um *upload* realizado simultaneamente a um *download*, melhor quando para a realização do *download*, no limite da cópia para uso privado, obrigatório tecnologicamente apresenta-se a realização do *upload*, não há que se falar em ilicitude. Para que o ato do utilizador não reste no campo da ilicitude, faz-se necessário que este cesse no seu computador o ato de *upload* assim que findo o *download*. Mais, se o programa de compartilhamento de arquivos não permitisse essa opção para encerrar o ato de *upload*, não se cogita de ilicitude do ato, pois que haveria óbice à aplicação do limite da cópia da obra para uso privado¹²¹⁵.

Por fim, refira-se a possibilidade de defender-se que na conexão obrigatória do ato de *upload* com o ato de *download*, por imperativo da rede de compartilhamento, pode-se entender o ato de *upload* como uma reprodução meramente tecnológica, portanto ausente o caráter de ilicitude deste ato.

Anote-se que a defesa de entendimento diverso culminaria num obstáculo imposto à um limite estabelecido por imperativo legal; ou seja, o exercício da cópia privada culminaria em extinção. Sem embargo, posicionamento diverso importaria um desequilíbrio entre os interesses que circulam no mesmo espaço de liberdade, o que não se apresenta razoável.

¹²¹⁵ Cf. VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado.** in *Direito da Sociedade da Informação*, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 461-462.

5.2 A responsabilidade civil do utilizador pelo ato de reprodução realizado através de mecanismo de compartilhamento de arquivos em ambiente digital

Obviamente que o debate a encerrar-se nesta seção da investigação, encontra-se intimamente ligado com as soluções já apresentadas até o momento. Por isso, a análise da responsabilidade civil do utilizador pelo ato de reprodução realizado em plataformas digitais que utilizam tecnologia P2P de compartilhamento de arquivos em ambiente digital, tomará como ponto de partida estas conclusões já avançadas, cingindo-se ao exame do ordenamento jurídico português e brasileiro.

Esclareça-se, desde já, que o estudo ora proposto fundar-se-á na identificação do suposto dano gerado pelos atos de reprodução das obras sem o consentimento prévio e expresso do autor para tanto. Assim é que a análise ficará restrita aos atos de *download* e de *upload*, quer realizados isolada ou conjuntamente.

Todavia, convém desde já acentuar que para a aplicação duma eventual responsabilidade civil, mister compreender que esta designa a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano, quando este for injustamente causado por outrem. Ou seja, o mesmo que entender que o dano ou prejuízo gerado, configura-se no resultado da ofensa ou da violação de direito¹²¹⁶.

Assim, cumpre-se identificar se os atos de *download* e de *upload* realizados pelo utilizador nas referidas plataformas digitais, sem o prévio e expresso consentimento do autor, podem concretamente gerar-lhe dano ou prejuízo. De sorte que o dano ou prejuízo causado é resultado da violação do direito ao exclusivo do autor.

Ou seja, o que se discute em rigor é a constatação do ato ilícito praticado pelo sujeito nas utilizações da obra que realiza no âmbito dos mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede. Neste sentido, por configurar-se o ato ilícito como uma fonte obrigacional, estando o mesmo constatado, surge assim o dever de reparar por parte do utilizador da obra que causou dano e ainda o direito do autor de exigir esta reparação, na medida da lesão causada¹²¹⁷.

¹²¹⁶ Como bem pondera Rui Stoco sobre a teoria da responsabilidade, que afirma: «Em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade. Nasce, assim, a teoria da responsabilidade» STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

¹²¹⁷ Por isso, «pode-se dizer que é preciso que haja um dano e que tenhamos uma pessoa que deva responder por ele» (...) «e que possa ser juridicamente considerado causado por um determinado fato que seja antijurídico». Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007, p. 466-

Claro está que nesta seção não se fará necessário proceder-se a um novo estudo sobre a legalidade dos atos de *download* e de *upload* realizados pelo utilizador. De sorte que o exame do dano ou prejuízo concreto sofrido pelo autor em virtude da prática destes atos, está umbilicalmente ligado ao que se compreendeu anteriormente nesta investigação em sede de verificação da ilicitude destes atos de *download* e de *upload*.

Portanto, restou configurado no regime jurídico português de cópia para uso privado, a licitude do ato de *download* do arquivo contendo uma obra protegida pelo direito de autor, na medida em que este ato encerra um limite ao exclusivo autoral estabelecido no escopo do poder de reprodução. Esclareça-se, ainda, que a fixação deste limite na legislação autoral portuguesa atribui para os titulares de direitos de autor, um dever de abstenção fundado no uso privado.

Frise-se, que este dever de abstenção estabelece a obrigação para os titulares de direitos de autor de suportar passivamente os atos de utilização que se concretizam no âmbito do uso privado. Note-se que a realização destes atos de utilização, sob pena de encerrarem uma conduta ilícita, não pode escapar ao que determina o limite fundado no uso privado.

Neste sentido, restringindo-se o ato de *download* à uma utilização que encerra o limite da cópia para uso privado, mesmo em ambiente digital, não há dano a verificar-se, nem tão pouco a mensurar-se. Por isso, neste limite não se pode defender, no regime jurídico português, a aplicação de qualquer responsabilidade civil na esfera jurídica do utilizador que executa um ato de *download* através de quaisquer mecanismos de compartilhamento de arquivos em rede, com fim de copiar para uso privado uma obra protegida pelo direito de autor.

Entretanto, infelizmente, em algumas decisões quer a nível nacional ou internacional, determinou-se a imputação de responsabilidade civil ao utilizador que executa um ato de *download*. Em comum estas decisões utilizam como argumento para justificar a aplicação do dever de indenizar, a potencialidade destes atos de *download* de gerarem novas cópias da obra, escapando-se assim ao que determina o limite para uso privado¹²¹⁸.

467. NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 14, abr-jun, 2003, p. 53-77.

¹²¹⁸ A exemplo da decisão no caso SACEM et. al v. Alexi B., no qual o Tribunal de Grande Instância de Pontoise a despeito de afastar a responsabilidade do prestador intermediário de serviços, que inclusive, disponibilizou em sede de julgamento o domicílio do utilizador com o maior número de arquivos compartilhado, da rede P2P investigada pelos Serviços Técnicos de Investigações Judiciais e Documentais franceses, condenou este sujeito

De modo equivocado e bastante alinhado com o discurso sobre os perigos da inovação tecnológica para a proteção do exclusivo autoral, vêm estas decisões firmando o entendimento sobre a necessidade de enrijecer o regime jurídico da cópia para uso privado, proibindo-se assim a prática destes atos no ambiente digital.

Inclusive foi o que entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Padawan*, sustentando que a realização duma cópia por uma pessoa física que atua a título particular deve considerar-se um ato potencialmente capaz de gerar prejuízo para o autor. Note-se que esta decisão esquecendo de todo o regime geral de responsabilidade civil imputa ao utilizador a obrigação de indenizar a mera potencialidade ou melhor a mera oportunidade do ato de *download* gerar prejuízo¹²¹⁹.

Todavia, o Tribunal de Justiça da União Europeia de modo inconciliável com os argumentos defendidos sobre a probabilidade do dano firma o entendimento sobre a legitimidade dos Estados-Membros para regularem um sistema de compensação equitativa, sustentando o mesmo na existência de dano concreto¹²²⁰.

Na verdade, de modo a justificar a regulação de sistemas de compensação equitativa no seio do regime jurídico europeu da cópia para uso privado, este Tribunal afirma a existência de

às penas do crime de contrafação, entendendo portanto que houve violação aos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público dos titulares de direitos de autor sobre as obras compartilhadas. FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Pontoise. 6.^a Câmara. **SACEM et. al v. Alexi B.** Julgamento em 02.02.2005. Disponível em <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1403>. Contrária foi a decisão do Tribunal de Grande Instância de Rodez que compreendeu os atos de reprodução em ambiente digital realizados em sede de uso privado, não cabendo assim aos titulares de direitos de autor controlar tais utilizações, mesmo que realizadas no ambiente digital em plataformas digitais que utilizam a rede P2P para o compartilhamento de arquivos. FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Rodez. **Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.** Caso 03001251, 13.11.2004. Disponível em <<http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=591>>. Esta decisão, inclusive foi confirmada em sede de segundo grau de jurisdição pela Corte de Apelação de Montpellier que reiterou tratar-se de uso circunscrito aos limites do uso privado, não existindo assim violação a ser apurada em face dos direitos de autor. FRANÇA. Corte de Apelação de Montpellier. **Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.** 10.03.2005, 222 Legipress 120, 2005, Disponível em <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=650>>.

¹²¹⁹ *In litteris*, entendeu o Tribunal que: «44 Ora, a realização de uma cópia por uma pessoa singular agindo a título privado deve ser considerada um acto de natureza a provocar um prejuízo para o autor da obra em causa.» EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21 de Outubro de 2010. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

¹²²⁰ No processo o Tribunal adotou o mesmo entendimento, inclusive reproduzindo os argumentos anteriormente utilizados no caso *Padawan*. Vd. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-462/09. Stichting de ThuisKopie. v. Opus Supplies Deutschland GmbH and Others**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 16 de Junho de 2011. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-462/09>>.

prejuízo concreto gerado ao titular do direito de autor. Por isso, cabível a substituição do dever de reparar o dano pela compensação equitativa a ser regulada¹²²¹.

Outrossim, no que tange ao regime jurídico brasileiro da cópia para uso privado, diferentemente do português, este determinou a ilicitude do ato de *download* duma obra completa. Pois, conforme já esclarecido anteriormente, a legislação autoral brasileira não elenca nenhum limite fundado na cópia integral para uso privado, tendo sido este limite estabelecido apenas para a reprodução em «pequenos trechos» da obra.

Assim, cabe indagar se no ordenamento jurídico brasileiro a imputação de responsabilidade civil ao utilizador que realiza um ato de *download* entender-se-ia acertada, na medida em que se determina a ilicitude deste ato realizado nas plataformas digitais de compartilhamento de arquivo.

De qualquer sorte, quer no regime jurídico português como no brasileiro a solução para este problema toca em primeiro plano no âmbito da concretude do dano ou prejuízo causado pelo ato de *download* e em segundo plano na possibilidade de aplicar-se, a tese da responsabilidade civil pela perda duma oportunidade, caso o dano concreto não seja identificado.

No que concerne ao regime jurídico geral de responsabilidade civil definido pelo legislador português, anote-se que a previsão do art. 563.º do Código Civil estabelece que o dever de indenizar aplica-se somente nos casos de «danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão».

Assim, depreende-se que o dano ou prejuízo a ser ressarcido importa somente naquele que é certo, e não meramente eventual. Portanto, apenas o prejuízo certo deve ser reparado, não se

¹²²¹ Utilizando exatamente este raciocínio ponderou a Tribunal de Justiça da União Européia: «45 Daqui decorre que a pessoa que causou o prejuízo ao titular exclusivo do direito de reprodução é a que realiza, para seu uso privado, essa reprodução de uma obra protegida sem solicitar a autorização prévia do referido titular. Cabe, por isso, em princípio, a essa pessoa reparar o prejuízo ligado a essa reprodução, financiando a compensação que será paga a esse titular. 46 Assim sendo, tendo em conta as dificuldades práticas para identificar os utilizadores privados e os obrigar a indemnizar os titulares dos direitos do prejuízo que lhes causam, e tendo em conta o facto de que o prejuízo que pode decorrer de cada uso privado, individualmente considerado, se pode revelar mínimo e, por conseguinte, não dar lugar a uma obrigação de pagamento, como indica o último período do trigésimo quinto considerando da Directiva 2001/29, é permitido aos Estados-Membros estabelecer, para efeitos do financiamento da compensação equitativa, uma «taxa por cópia privada» a cargo, não das pessoas privadas visadas, mas das que dispõem de equipamentos, de aparelhos e de suportes de reprodução digital e que, a este título, de facto ou de direito, disponibilizam esses equipamentos a pessoas privadas ou prestam a estas últimas um serviço de reprodução. No âmbito de um tal sistema, incumbe às pessoas que dispõem desses equipamentos pagar a taxa por cópia privada.» EUROPA. Tribunal de Justiça da União Européia. **Processo C-467/08. Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21 de Outubro de 2010. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

admitindo reparação daquele que é apenas possível, provável, ou seja, cuja concretização não é certa¹²²².

O regime jurídico geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, acompanha o português no mesmo passo. Assim, determina a norma civil brasileira que a responsabilidade civil surge em decorrência do ato ilícito, causador de dano ou prejuízo, que se configura como um elemento constitutivo do dever de reparar.

Aliás, o legislador brasileiro no Código Civil é claro ao firmar o princípio da restituição no seu art. 944 disciplinando que «a indenização mede-se pela extensão do dano». Neste dispositivo firma-se que a função da responsabilidade civil é indenizatória e decorre do prejuízo verificado concretamente¹²²³.

Portanto, a finalidade da responsabilidade civil, no sistema jurídico brasileiro é a de restituição do sujeito lesado ao estado anterior em que se encontrava, ou seja, em momento anterior a concretização do dano. Assim, a ação de indenizar tem como fim último reparar o dano sofrido pela vítima, uma vez que este dano, causado pelo ilícito gera o rompimento do equilíbrio jurídico econômico que anteriormente existia¹²²⁴.

Tradicionalmente este também vem sendo o entendimento do sistema jurídico português, que reconhece tão somente a função reparadora da responsabilidade civil. De sorte que a constatação de dano ou prejuízo sofrido constitui-se como um pressuposto da responsabilidade civil, que assume uma função essencialmente reparadora em face do mesmo. Nesta medida, assume-se o dano como pressuposto e limite máximo da indenização.

¹²²² Neste sentido apontou Júlio Gomes: «Tradicionalmente exige-se, para que o dano seja ressarcível, que o mesmo seja certo (...). O dano meramente eventual não é ressarcível, porque falta o requisito da certeza. E é evidente que esta certeza é uma certeza apenas relativa, não absoluta: o lucro cessante nunca existiu, e não chegará a existir. “O critério é inevitavelmente influenciado pela capacidade imperfeita de prever os eventos em razão dos limites do conhecimento humano, sempre que se entra no campo do hipotético» GOMES, Júlio. **Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões**. in *Studia Iuridica*, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, v. II: Direito Privado, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 291-292.

¹²²³ Inclusive este tem sido o entendimento majoritariamente defendido conforme informa Aguiar Dias: «A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior». Enfatizando ainda que «(...) a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar» DIAS, José de Aguiar. **AGUIAR DIAS, Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 9 e 712.

¹²²⁴ Nesse sentido é o que afirmam Menezes Direito e Cavalieri Filho, ao estabelecerem a existência duma «(...) necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante» DIREITO, Carlos Alberto Menezes e FILHO, Sérgio Cavaliere. **Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios**. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 331-332.

Entretanto, mais recentemente vem-se admitindo a extensão desta responsabilidade, especialmente no que concerne à doutrina da perda de chance, também denominada perda da oportunidade. Nesta investigação a análise desta doutrina apresenta-se importante, na medida em que já se assentou pela licitude do ato de *download* realizado pelo utilizador nas plataformas digitais de partilha de arquivos em rede.

Saliente-se, mais uma vez, que a determinação da licitude deste ato de *download* que respeita os limites da cópia para uso privado, residuiu por completa no domínio da legislação autoral portuguesa. Todavia, o que não se verificou na legislação autoral brasileira, dado a restrição à cópia da obra apenas em «pequenos trechos», mesmo que em sede de uso privado.

Na verdade, a análise da aplicação desta doutrina da perda duma chance para o ato de *download*, no regime jurídico português de cópia para uso privado, não se apresenta a de maior enfrentamento. Primeiro, na medida em que não há ilicitude a ser verificada, pois se encontra este ato de *download* dentro dos limites estabelecidos para a cópia fundada no uso privado. Segundo, em razão desta possível perda sofrida pelo titular de direitos de autor já haver sido equilibrada pelo estabelecimento do sistema de compensação equitativa.

Inclusive, este já é o entendimento assente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que considera mínimo o «prejuízo» sofrido pelo titular de direito de autor em virtude «de cada uso privado, individualmente considerado». Por isso, este Tribunal já defendeu em diversas ocasiões não ser aplicável o dever de indenizar¹²²⁵.

Aliás, por essa razão, considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia ser legítimo aos Estados-Membros o estabelecimento duma compensação equitativa cobrando uma «taxa por cópia privada» dos sujeitos que dispõem de equipamentos de aparelhos e de suportes de reprodução digital e que, os disponibilizam às pessoas privadas ou à estas prestam um serviço de reprodução¹²²⁶.

Já no, regime jurídico brasileiro de cópia para uso privado o enfrentamento desta doutrina apresenta-se de maior relevo, na medida em que a lei autoral brasileira não autoriza a cópia

¹²²⁵ Vd. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-462/09. Stichting de ThuisKopie. v. Opus Supplies Deutschland GmbH and Others**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 16 de Junho de 2011. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-462/09>>.

¹²²⁶ Vd. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-467/08. Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21 de Outubro de 2010. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

integral, mesmo que fundada num determinado uso privado e, ainda porque contrariamente ao regime jurídico português não apresenta um sistema de compensação equitativa.

Adverta-se, inclusive, que a lei autoral brasileira, considera ilícito o ato de *download* quando este resulta na cópia integral da obra protegida. Neste sentido, não se deve enfrentar apenas a mera responsabilidade pela perda da oportunidade, mas sim a aplicação da tradicional doutrina da responsabilidade civil, fulcrada na constatação dum dano ou prejuízo decorrente dum ilícito.

Entretanto, como já assinalado a verificação deste dano, na doutrina tradicional, deve ser concreta, visível, mensurável e não apenas provável. Por isso, entende a presente investigação que também nesta sede, mesmo no caso do regime jurídico brasileiro da cópia para uso privado, não se apresenta razoável a aplicação da doutrina tradicional de responsabilidade civil fundada na constatação do dano ou prejuízo sofrido pelo titular de direitos de autor.

Pois que, apenas provável e hipoteticamente pode-se verificar a existência do dano concreto. Na senda do que entendeu o Tribunal de Justiça da União Européia o eventual prejuízo ou dano sofrido pelo titular do direito de autor em razão da concretização dum único ato de cópia para uso privado é mínimo.

Acrescente-se a isso a mera probabilidade de concretização deste dano, uma vez que, não se tem certeza de que o titular de direitos de autor por força dum único ato individual de cópia para uso privado veria reduzido o seu exclusivo patrimonial. Não existe certeza sobre a aferição de vantagem patrimonial pelo titular de direitos de autor.

De sorte que se apresenta razoável o entendimento, no regime jurídico brasileiro da cópia para uso privado, que o titular de direitos de autor sofre lucro cessantes, por perder a possibilidade de explorar economicamente a sua obra, em decorrência do ato de *download*, mesmo considerado isoladamente. Mas, se trata de mera probabilidade, pois não sendo gratuito o acesso à obra, muito provavelmente o utilizador não a compraria.

Por isso, entende a presente investigação não ser possível a imputação da responsabilidade civil, na sua doutrina tradicional, na medida em que não existe lucro na realização do compartilhamento de arquivos através das plataformas digitais P2P. Em geral o utilizador destas redes P2P realiza o ato de *download* escapando à uma finalidade lucrativa. O dano concreto, portanto, é inexistente.

Outrossim, cabe, também, verificar a imputação da responsabilidade civil, quer no âmbito da doutrina tradicional, como na doutrina da perda de uma chance, para o ato de *upload* concretizado pelo utilizador das redes P2P.

Para esta análise frise-se que a lógica a ser adotada deve ser a mesma. Ou seja, verificar se o ato de *upload* encontra-se dentro dos limites estabelecidos para a cópia fundada no uso privado e ainda se o titular de direitos de autor sofreu prejuízo ou dano concreto.

No que concerne a ambos os regimes jurídicos, quer o português como o brasileiro, constatou-se, mesmo que por razões opostas, a ilicitude deste ato de *upload* realizado nas plataformas digitais de compartilhamento. Assim, como já salientado o enfrentamento sobre a aplicação da responsabilidade civil na sua doutrina tradicional, apresenta-se de maior relevo, dado a prática do ilícito. Todavia, em razão dos fundamentos utilizados acima, o entendimento a adotar-se, deve ser o mesmo quer em sede do ordenamento jurídico português, como no brasileiro.

Não compreende, portanto, esta investigação ser possível a imputação de responsabilidade civil na sua doutrina tradicional, no regime jurídico português da cópia para uso privado, dado restar prejudicada a verificação do dano ou prejuízo concreto sofrido pelo titular de direitos de autor. Como já assinalado, mesmo que se consiga identificar a existência de dano este apresenta-se como mínimo, quando considerado individualmente.

Anote-se que a análise de todos os atos de *upload* a despeito de possível tecnicamente, envolve questões outras que dizem respeito, primeiro à atribuição dum dever geral de vigilância a ser atribuído aos prestadores de serviços em linha, como também em face da manutenção da reserva da privacidade e da intimidade das comunicações¹²²⁷.

De mais a mais, a mera ilicitude pela prática do ato de *upload*, constatada em sede da legislação autoral portuguesa e brasileira, já que se trata duma utilização que escapa aos limites da cópia para uso privado¹²²⁸, não se constitui requisito suficiente para a atribuição dum dever de indenizar. Pois, como visto o dano ou prejuízo concreto, apresenta-se como requisito essencial para a imputação de responsabilidade civil na sua doutrina tradicional.

¹²²⁷ Problemas estes que ainda serão objeto de estudo nesta quinta parte da investigação.

¹²²⁸ Lembre-se que a discussão ora em causa deve ser levada no âmbito do poder de comunicação, já que a colocação da obra à disposição do público nas redes digitais P2P não se apresenta como um ato de reprodução. O que implica em não se aplicar o limite da cópia para uso privado, pois o ato de *upload* resulta numa utilização que se enquadra no poder de comunicação da obra ao público, que não destaca limite ao uso privado.

Refira-se, entretanto, no que diz respeito ao debate sobre a aplicação da doutrina da perda de uma chance, no regime jurídico português da cópia para uso privado pela concretização do ato de *upload*, apresenta-se mais cuidadoso.

Observe-se que a lei autoral portuguesa pelas razões já apresentadas compreende o *upload* como um ato ilícito. Assim, a despeito de não se verificar o dano ou prejuízo concreto no ato de *upload*, quando considerado individualmente, questiona-se, dado a ilicitude do ato, sobre a possibilidade de indenizar-se a perda da oportunidade do titular de direitos de autor na aferição da vantagem patrimonial. Lembre-se que esta vantagem patrimonial decorre do exercício do exclusivo autoral de natureza patrimonial e, que esta utilização escapa ao limite estabelecido para o uso privado.

De sorte que a aplicação da responsabilidade civil pela perda duma chance pode ser ventilada em face do ato de *upload* concretizado pelo utilizador nas redes P2P. Todavia, a despeito de alegar-se uma provável perda de oportunidade para o titular de direitos de autor com a realização do ato de *upload*, necessita esta probabilidade de perda ser demonstrada.

Sem embargo, o âmbito de aplicação da responsabilidade pela perda duma chance ou oportunidade é muito estreito, na medida em que se propõe distinguir o escopo do dano meramente hipotético da chance real de concretização de dano.

Neste sentido, ao se analisar a aplicação da teoria da perda da chance do titular de direitos de autor, deve-se claramente distinguir entre a hipótese improvável, remota da hipótese quase certa, como também entre a probabilidade da perda da chance de lucro¹²²⁹. Somente, nestas circunstâncias é possível verificar as reais condições do titular de direitos de autor em obter uma determinada vantagem econômica sobre a sua criação intelectual, caso o ato de *upload* não fosse concretizado pelo utilizador das redes P2P¹²³⁰.

Por isso, é que a hipótese de incidência desta qualidade de responsabilidade pela realização do ato de *upload* não autorizado situa-se entre o limite constituído pela probabilidade nula ou

¹²²⁹ Sobre o tema Rafael Peteffi chegou mesmo a admitir que «a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexo de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.» SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71 e ss.

¹²³⁰ Neste sentido, entendeu a Ministra Nancy Andrighi, no seu voto. Vd. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n.º 1254141 (2011/0078939-4 – 20/02/2013). Julgamento em 04.12.2012. Publicação no Diário Eletrônico de Justiça em 20.03.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013>.

desprezível do titular de direitos de autor obter vantagem econômica e o limite estabelecido pela alta probabilidade da obtenção desta vantagem econômica, que pode converter-se em certeza razoável. Observe-se, assim, que no primeiro limite não há qualquer indenização a ser pleiteada pelo titular de direitos de autor e já no segundo limite, abre-se espaço para que este sujeito venha a ser integralmente reparado. Assim, é que se situa a responsabilidade do utilizador que realiza um ato de *upload* através das redes P2P¹²³¹.

Acrescente-se, por fim, no que concerne à conexão obrigatória entre o ato de *upload* e o ato de *download* por um comando imperativo da rede P2P de compartilhamento, não há o que se entender diversamente da solução apresentada para o ato de *download* realizado individualmente. Ou seja, dado o caráter da reprodução meramente tecnológica ser entendido como lícito, não se apresenta razoável, no âmbito tanto do regime jurídicos português da cópia para uso privado como do brasileiro a imputação quer da responsabilidade na sua doutrina tradicional, como na doutrina da perda da chance.

¹²³¹ Note-se que as fronteiras entre os dois limites é por demais esbatida, não se pode assumir sem uma grande margem de erros que o ato de *upload* causa um provável prejuízo à vantagem econômica a que faz juz o titular de direitos de autor. Aliás, contrariamente foi o que restou demonstrado no estudo realizado em 2011, em alguns países da Europa. Concluiu o estudo realizado pela Comissão Europeia que uma maioria elevada das músicas consumidas através de plataformas digitais de compartilhamento não teria sido adquirida onerosamente caso os atos de *download* e *upload* não tivessem sido concretizados pelos utilizadores destas redes P2P. Cf. EUROPA. Comissão Europeia. **Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data**. Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2013/04. Org. Luis Aguiar Bertin Martens. Disponível em <<http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf>>.

5.3 A responsabilidade civil do fornecedor dos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital em decorrência do dever geral de vigilância e pela identificação dos conteúdos ilícitos

A responsabilização pelo dano causado a outrem trata-se duma circunstância necessária, que se verifica tanto na seara civil, como na esfera das relações de tutela autoral e que é exponencialmente acentuada quando essas relações são constituídas através dos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital, em especial devido ao risco potencial que emana das atividades desenvolvidas pelos fornecedores destas plataformas digitais¹²³².

O Código Civil brasileiro dispõe no parágrafo único do seu art. 927, que haverá obrigação de reparar o dano, mesmo que não se verifique a culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No âmbito da tutela autoral no espaço digital o questionamento que fomenta o instituto da responsabilização recai sobre a extensão da mesma, visto que nas relações estabelecidas por meio destas plataformas digitais P2P a cadeia de atividade econômica anterior ao utilizador é um pouco mais extensa que nas vias tradicionais, podendo atingir além deste os prestadores

¹²³² Uma das primeiras decisões sobre a matéria foi resolvida na Corte de Apelação Norte-americana no seu 9.º Circuito, que confirmou a decisão da Corte Distrital do Nordeste da Califórnia, concluindo que a conduta dos utilizadores da rede Napster violava o direito de reprodução e distribuição da A&M Records, Inc. e demais empresas associadas à Associação da Indústria de Gravação da América (RIAA - Recording Industry Association of America), por isso tornava a conduta da plataforma Napster indiretamente responsável pelos utilizações ilícitas por terceiros perpetradas na sua rede. Para a Corte de Apelação o efeito de amostra não deixava e qualificar-se como um uso comercial. Concluindo-se, portanto, que a rede P2P Napster contribuiu materialmente para a reprodução e distribuição ilícita de fonogramas. Tendo isso, inclusive, referido que a despeito da capacidade deste fornecer de serviços na internet de realizar o controle dos atos de *download* e *upload* realizados pelos seus utilizadores, absteve-se o mesmo de efetuar tal controle, retirando desse modo vantagem econômica. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação. 9.º Circuito. **A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.**, 239 F.3d 1004 (2001). 12.02.2001. Disponível em <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2012/12/17/12-17681_appellee_opposition.pdf>. Note-se, o caso precedente Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., no qual embora a Sony não tivesse realizado qualquer cópia das obras da produtora Universal, esta argumentou que aquela seria indiretamente responsável pela reproduções ilícitas efetuadas pelos utilizadores, face a venda dos seus produtos que facultavam a concretização de atos de reprodução, não autorizados pelos titulares dos direitos de autor das obras copiadas. Compreendeu a Universal que a venda de videogravadores incentivava e encontrava-se materialmente destinada à reprodução ilícita das obras. Refira-se que esta decisão fundamentou-se na doutrina do *contributory infringement*, na qual aquele que tendo conhecimento, induz, causa ou contribui materialmente para a conduta ilícita de outrem deverá ser responsabilizado por esse mesmo ato ilícito. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al.** 464 U.S. 417 (1984). 17.01.1984. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm>.

de serviços em linha e a depender do entendimento as figuras artísticas que veicularam sua imagem a publicidade de um produto ou serviço¹²³³.

No que tange à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, infelizmente não existem muitos mecanismos de lei que sirvam como parâmetro para definir se a mesma existe, e se existe esta responsabilidade é exclusiva ou solidária com o utilizador e se cabe o direito de regresso entre estes sujeitos, cabendo apenas aos legisladores utilizar-se da doutrina e da jurisprudência na solução de conflitos atinentes à responsabilidade civil.

Em sede de tutela autoral no ambiente digital a prestação dos serviços disponíveis em linha é um dos critérios que necessita de relevante atenção no campo da responsabilização e reparação do dano. Por isso, faz-se necessário ressaltar que o termo serviço deve ser entendido em sentido amplo, como o oferecimento de bens e serviços de forma segura e sigilosa por parte dos prestadores de serviços através da internet para os utilizadores das plataformas digitais de compartilhamento de arquivos e não no sentido estrito, como a mera obrigação de fazer.

Quando se fala em prestação de serviço envolve-se no estudo em questão não apenas a relação de mercancia existente no ato de compra e venda, mas abrange a segurança que deve emanar desse ato, sob pena do mesmo ser defeituoso causando danos tanto ao utilizador dos serviços prestados pelas redes P2P como do titular de direitos de autor.

A primeira indagação que é feita na análise da responsabilidade do prestador de serviços é se esta atinge uniformemente as diversas categorias de prestadores de serviços ou especializa-se de acordo com o serviço prestado por cada fornecedor. Não obstante as relações constituídas por meio da proteção aos direitos de autor, serem recente objeto de estudo, o reconhecimento da responsabilidade dos fornecedores de serviços em linha para parcela da doutrina e da jurisprudência apresenta-se como um problema quase pacificado, pois o fato das obras protegidas pelos direitos de autor circularem no meio virtual não desobriga o fornecedor destas plataformas digitais P2P do cumprimento das normas de proteção dos direitos de autor, bem como da identificação dos seus limites.

¹²³³ Cf. PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997, p. 28-29.

Portanto, qualquer cláusula que atenuie ou exclua a responsabilidade destes fornecedores por eventuais danos causados ao titular de direitos de autor deve ser entendida como nula de pleno direito. Atribuindo-se, portanto, a obrigação para estes fornecedores de prestarem um mínimo de informações ao utilizador das redes P2P sobre as regras do sistema tecnológico de compartilhamento de arquivos disponibilizados em suas plataformas digitais, sob pena de responder pela conduta lesiva e os reflexos causados tanto ao utilizador como ao titular de direitos de autor sobre a obra disponibilizada ao público.

No que tange ao ordenamento jurídico europeu a Diretiva 2000/31, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, conhecida como a Diretiva sobre o comércio electrónico, do Parlamento Europeu e do Conselho, valeu-se de tom bastante conciliador e protecionista quanto aos direitos e deveres dos prestadores intermediários de serviço¹²³⁴.

A Diretiva sobre o comércio electrónico define o prestador de serviços como qualquer pessoa singular ou coletiva, que presta um serviço do âmbito da sociedade da informação¹²³⁵. Refira-se, que esta definição é bastante abrangente, por isso pode-se compreender como prestador de serviços não somente os provedores de serviços em linha, como também os próprios utilizadores da *world wide web* que eventualmente prestem serviços nas ocasiões em que interagem na rede, mesmo quando atuem sem intenção profissional ou apenas gratuitamente¹²³⁶.

Observe-se que em Portugal o Decreto-Lei nº 7/2004 que transpos a Diretiva sobre comércio eletrônico, define o serviço da sociedade da informação como aquele «prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência do pedido individual do destinatário». O que resulta em consolidar

¹²³⁴ Vd. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, electrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio electrónico.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>. Em Portugal essa Diretiva foi transposta pelo Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro. PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro.** Diário da República, I Série-A, n.º 5, 07 de Janeiro de 2004. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2004/01/005A00/00700078.pdf>>.

¹²³⁵ Cf. alínea b) do artigo 2º. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, electrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio electrónico.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

¹²³⁶ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil na internet.** in separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, I, Lisboa, Janeiro, 2001, p.182.

um serviço, remunerado ou de natureza econômica, prestado através das redes eletrônicas entre sujeitos não presentes.

Todavia, como o fim de analisar a responsabilidade dos prestadores de serviços na sociedade da informação faz-se necessário recorrer a classificações técnicas do ramo da informática, sem as quais não se pode assumir uma razoável compreensão desse estudo.

Assim, a qualidade destes prestadores de serviços em linha apresenta-se via de regra distribuída entre as categorias de fornecedores de conteúdo, de acesso, intermediário de serviço e de espaço¹²³⁷.

O fornecedor de conteúdo é aquele que coloca conteúdos em rede, à disposição dos utilizadores. Já o fornecedor de acesso configura-se naquele prestador de serviços que permite aos utilizadores acederem à rede. Compreende-se, por outro lado o fornecedor intermediário de serviço como o prestador de serviços em linha que exerce uma série de atividades de intermediação em relação aos serviços que circulam na rede. Por fim, o fornecedor de espaço é aquele prestador de serviços em linha que oferta um espaço virtual em rede para que os utilizadores possam nele disponibilizar os seus conteúdos¹²³⁸.

No que se refere a responsabilidade civil destes prestadores de serviços em linha anote-se que o legislador português no art. 11º do Decreto-Lei nº 7/2004, determinou a adoção do princípio da equiparação. Ou seja, firmou-se o entendimento que a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está sujeita ao regime comum, portanto em conformidade com as regras gerais de responsabilidade¹²³⁹.

¹²³⁷ Cf. BIAR, Emmanuel. **A responsabilidade civil e a internet: uma abordagem expositiva sobre a posição da jurisprudência pátria e breves considerações sobre o direito comparado**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/40/37>. Acesso em 19/10/2013.

¹²³⁸ É assim que Menezes Leitão define as categorias de prestadores de serviços em linha. Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil na internet**. in separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, I, Lisboa, Janeiro, 2001, p.182-183.

¹²³⁹ Note-se que será ressalvado da aplicação do regime geral da responsabilidade aqueles prestadores intermediários de serviços, que preencherem os requisitos disciplinados nos arts 12º a 14º do Decreto-Lei nº 7/2004. Adotando o mesmo entendimento, anote-se a Lei espanhola que transpõe a Diretiva sobre Comércio Eletrónico, a Lei nº 34/2002, de 11 de Julho, que regula no nº 1 do seu art. 13º, a natureza da responsabilidade dos prestadores de serviços, determinando que estes encontram-se sujeitos «la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida com carácter general en el ordenamento jurídico». Ou seja, sujeitam-se os prestadores de serviços em linha «à responsabilidade civil, penal e administrativa estabelecida em carácter geral e no ordenamento jurídico». PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro**. Diário da República, I Série-A, n.º 5, 07 de Janeiro de 2004. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2004/01/005A00/00700078.pdf>>. Oliveira Ascensão sobre o Decreto-Lei 7/2004, pondera que se «começou por esclarecer que a responsabilidade dos prestadores é a comum, não fosse entender-se que o benefício dos prestadores intermediários se estenderia também aos prestadores finais de serviço em rede». ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Perspectiva**

Todavia, antes mesmo de delimitar-se a responsabilidade do fornecedor dos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital, necessário faz-se distinguir em qual categoria de prestadores de serviços os fornecedores destas redes digitais P2P de compartilhamento de arquivos enquadra-se.

Assim, registre-se que estas redes P2P caracterizam-se pela facilidade de comunicação que disponibilizam aos seus utilizadores. Pois através destas redes é possível não só compartilhar arquivos através duma ligação entre nós, como também iniciar uma comunicação através de chat. Evidentemente que para a concretização destas ações no ambiente digital, mister a utilização dum programa adequado a ser instalado no computador do utilizador que deseja realizar o ato de compartilhamento.

De sorte que através destes programas instalados no computador de cada um dos utilizadores da plataforma digital P2P se cria uma rede de compartilhamento entre estes computadores conectados. Estabelecendo-se, assim, uma estrutura descentralizada e não hierarquizada, que se configura como uma rede construída dentro da *world wide web*.

Na verdade, o utilizador conectado a internet e que instale em seu computador o programa que permite a construção da plataforma de compartilhamento P2P estará apto a realizar individual ou simultaneamente atos de *download* e de *upload* de arquivos armazenados no disco rígido do seu computador, chamado de nó¹²⁴⁰, com todos os outros utilizadores desta mesma plataforma digital P2P.

Observe-se que se o utilizador proceder ao comando para o seu computador (nó) efetuar um pedido para aquisição de determinado conteúdo, assume este a qualidade de cliente. Já o computador do utilizador que autoriza ou mesmo auxilia a transmissão dos arquivos assumirá a função de servidor. Destaque-se, ainda, que os computadores que realizam simultaneamente ambas as funções são denominados de pares.

De sorte que as redes de compartilhamento de P2P, configuram-se pela comunhão de todas estes pressupostos, ou seja, nós, clientes, servidores e pares¹²⁴¹. Todavia, a despeito dos

Jurídica, O Comércio Electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio. ANACOM - Autoridade Nacional de Comunicações, Lisboa, 2004, p. 108.

¹²⁴⁰ Observe-se que os discos rígidos dos utilizadores duma mesma plataforma digital P2P conectados à internet são denominados de nós (*nude*).

¹²⁴¹ Para uma compreensão detalhada sobre as plataformas digitais P2P vd. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO - OCDE. **OECD Information Technology Outlook 2004. Peer to Peer networks in OECD countries.** 2004. Disponível em <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/32927686.pdf>>, acesso aos 02.02.2014. Vd. também:

mesmos pressupostos de funcionamento a estrutura das redes P2P que sustenta os atos de compartilhamento podem assumir três categorias diversas de modelo, são eles, o modelo centralizado, o descentralizado e o híbrido¹²⁴².

Aponte-se que no modelo centralizado os clientes, ou seja, os computadores dos utilizadores que realizam atos de *download*, para acederem aos arquivos que desejam transferir precisam efetuar a busca por este arquivo no servidor central, isto é no computador que simultaneamente realiza atos de *download* e *upload*. Logo após ao comando de busca encerrar-se os resultados surgem numa lista indicativa na qual serão listados os arquivos que se encontram disponíveis na rede P2P para serem compartilhados.

Registre-se, que mesmo neste modelo o servidor central não armazena arquivos, assumindo, tão-somente, a função de *host*, isto é de anfitrião à pesquisa dos clientes, ofertando-lhes a lista de arquivos disponíveis para serem compartilhados¹²⁴³.

No que concerne ao modelo descentralizado, registre-se que não há necessidade de servidores centrais, pois cada nó funciona como um par, que simultaneamente assume a função de cliente e servidor. Observe-se que neste modelo cada par encontra-se ligado um ao outro, construindo uma rede de conexões sucessivas que dispersa toda a comunidade.

Saliente-se, ainda, que neste modelo descentralizado de rede P2P as pesquisas assumem o mesmo processo do modelo centralizado. Entretanto, como este modelo é descentralizado não se faz necessário a intermediação de um servidor, já que cada nó funciona como uma par, realizando simultaneamente atos de *download* e de *upload* e conectando-se ao par que lhe é vizinho. Assim, por meio dos nós um par é capaz de enviar a outro o seu pedido de informação sobre os arquivos que se encontram disponíveis para compartilhamento¹²⁴⁴.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE.
Participative web: user-created content. Document DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL - JT03225396 de 12.04.2007. Disponível em <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/38393115.pdf>>, acesso aos 02.02.2014.

¹²⁴² Sobre o tema vd. OBERHOLZER, Felix e STRUMPF, Koleman. **The Effect of File Sharing on Record Sales** An Empirical Analysis. Disponível em <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>, acesso aos 02.02.2014. Os autores neste artigo estudam o impacto das tecnologias de compartilhamento de arquivos sobre o modelo negocial da indústria musical. E, assim procuram analisar se a popularização destes mecanismos digitais de troca de arquivos reduziram as vendas lícitas de obras musicais. Sustentaram os autores que resultado desta pesquisa demonstrou concretamente que os atos de *downloads* não apresentam qualquer efeito no volume de vendas das obras musicais. Por isso, concluíram que as alegações sobre o declínio do volume de vendas em razão dos atos de *downloads* apresentaram-se infundadas.

¹²⁴³ Com algumas modificações de ordem técnica este era o modelo utilizado pelo programa NAPSTER.

¹²⁴⁴ São exemplos deste modelo as redes P2P *Freenet* e *Bearshare*.

Já no modelo híbrido os nós encontram-se ligados a outros nós que assumem uma função semelhante a um servidor central denominados de super-nós. Estes super-nós, de forma mais eficaz, mantêm a lista com os resultados atualizados sobre os arquivos disponíveis para compartilhamento.

Convém destacar que neste modelo a transferência dos arquivos ocorre entre os pares que é realizada sem a interferência dos super-nós que simplesmente colaboram para a eficiência do resultado da pesquisa¹²⁴⁵.

Sem embargo, a análise das funções exercidas pelos mecanismos de compartilhamento de arquivos no ambiente digital demonstra claramente que os fornecedores destas plataformas digitais assumem a posição de prestadores de serviços intermediários em linha. Por isso, a responsabilidade civil ora a ser estudada diz respeito à atuação destes fornecedores enquanto prestadores intermediários de serviços na internet.

Neste sentido, cumpre-se indagar sobre o possível reconhecimento de culpa *in vigilando* dos fornecedores das redes P2P, bem como, sobre a responsabilidade destes em face das infrações cometidas pelos utilizadores dos serviços que disponibilizam na internet.

Desde já esclareça-se que a responsabilidade assumida pelos fornecedores das redes P2P vem sendo pacificamente defendida nos casos em que os conteúdos ilícitos são por eles próprios colocados na rede ou nas circunstâncias de teres estes fornecedores controle sobre os conteúdos que terceiros colocam na rede.

Mas, como se pode constatar das funções desempenhadas pelos programas que criam e estruturam as redes P2P, os arquivos são disponibilizados pelos utilizadores de tais redes que a utilizam para realizarem atos de compartilhamento¹²⁴⁶. Portanto, o problema reside em atribuir responsabilidade aos fornecedores das redes P2P pelo conteúdo da informação transmitida pelos seus utilizadores¹²⁴⁷.

¹²⁴⁵ Os programas *KaZaA*, *iMesh*, *Grokster*, *eDonkey* e *WinMX* adotam este modelo híbrido de rede P2P.

¹²⁴⁶ Destaque-se a importância dos prestadores intermediários de serviços em linha para uma ampla e diversificada oferta de serviços na internet que permitem a circulação, o alojamento e o acesso a conteúdos. Obviamente que em virtude desta diversidade de serviços que ofertam na internet são os fornecedores de serviços intermediários na internet responsáveis por um grande número de ligações que se constroem entre os fornecedores de conteúdos e o utilizador da rede. Cf. PEGUERA, Miguel Poch. **La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet**, in *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, p. 25 a 64, Aranzadi, 2002, p. 27.

¹²⁴⁷ Observe-se que a Diretiva sobre Comércio Eletrónico não apresenta uma definição para estes provedores, limitando-se apenas a denominá-los de prestadores intermediários de serviço. No entanto, o legislador português no n.º 5, do art. 4.º, do Decreto-Lei nº 7/2004 que transpõe esta norma comunitária os define como aqueles «que

Em Portugal, como já referido anteriormente deve-se aplicar o regime geral de responsabilidade civil para deslindar o problema dos ilícitos praticados no ambiente digital. Todavia, não será aplicado este regime comum, conforme indica o art. 11.º do Decreto-Lei nº 7/2004 para os prestadores de serviços na internet se estes preencherem os requisitos disciplinados nos arts. 12º a 17º, do referido diploma legal português, de acordo com as situações em concreto.

Na verdade a disciplina trazida por estes dispositivos acaba por isentar de responsabilidade os prestadores de serviços da internet quando as circunstâncias previstas nestas normas forem atendidas pelos fornecedores de serviços intermediários em linha. Saliente-se, que esta isenção de responsabilidade funda-se na independência, desconhecimento e impossibilidade de controle pelos prestadores de serviços na internet dos conteúdos transmitidos por terceiros¹²⁴⁸.

Entretanto, a isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha apenas produzirá efeitos nos casos em que os fornecedores intermediários de serviços na internet não assumam qualquer tipo de participação na criação, na decisão de transmissão ou na oferta da acessibilidade aos conteúdos ilícitos¹²⁴⁹. Se detectada esta qualidade de participação dos fornecedores das redes P2P a disciplina jurídica aponta para o retorno da aplicação do regime jurídico comum da responsabilidade civil¹²⁵⁰.

prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço». Cf. PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro**. Diário da República, I Série-A, n.º 5, 07 de Janeiro de 2004. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2004/01/005A00/00700078.pdf>>. Assim, pode-se com firmeza assinalar que os prestadores intermediários de serviços em linha são aqueles que, de forma permanente, organizada, autónoma, e a título profissional prestam serviços em rede. Cf. FRADA, Manuel A. Carneiro. **Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das operadoras de internet e a doutrina COMUM da imputação de danos**. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, II, Lisboa, Abril, 1999, p. 669. São estes provedores denominados comumente ISPs - Internet Service Providers, ou seja prestadores de serviços na internet «que permitem o acesso à Internet e a distribuição das mensagens de correio ou de comunicação electrónica». PEREIRA, Joel Timóteo. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação**. Quid Juris: Lisboa, 2004, p. 870. Vd. tb. CASIMIRO, Paula Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000.

¹²⁴⁸ Para Cláudia Trabuco os dispositivos que atribuem responsabilidade aos provedores de serviços servem de «filtro aplicável antes da implementação do regime de responsabilidade, em relação ao qual se introduzem algumas especialidades». Cf. TRABUCO, Cláudia. Conteúdos ilícitos e responsabilidades dos prestadores de serviços nas redes digitais. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 473-498,/ v. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 487. Vd. também MARTINEZ, Pedro Romano. **Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede**. Lei do Comércio Electrónico Anotada, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.271.

¹²⁴⁹ Vd. também MARTINEZ, Pedro Romano. **Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede**. Lei do Comércio Electrónico Anotada, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.271.

¹²⁵⁰ Conforme se depreende da análise do art. 11.º do Decreto-Lei nº 7/2004. Vd. PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro**. Diário da República, I Série-A, n.º 5, 07 de Janeiro de 2004. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2004/01/005A00/00700078.pdf>>.

Observe-se, que esta regra de irresponsabilidade dos prestadores de serviços intermediários em linha sustenta-se muito fortemente na impossibilidade prática, técnica ou econômica, destes fornecedores virem a erigir um mecanismo de efetivo controle e fiscalização de todos os conteúdos que circulam, se alojam ou são transferidos através das suas redes ou servidores¹²⁵¹.

Quanto ao tema refira-se que a Diretiva sobre comércio eletrónico, no nº 1, do seu art. 15º, proíbe que os Estados-Membros imponham «uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes»¹²⁵².

Sem embargo, o resultado desta norma é o afastamento da responsabilidade pelo fato de outrem tanto no que concerne à responsabilidade objetiva como na fundada na culpa *in vigilando* no domínio da internet¹²⁵³.

Necessariamente, o que implica em desobrigar os fornecedores de serviços em linha de executar atos de controle e fiscalização sobre todos os conteúdos que são transmitidos, armazenados, bem como de proceder à investigação com o fim de evitarem a prática de ilícitos nas utilizações que são perpetradas através das suas plataformas digitais¹²⁵⁴.

¹²⁵¹ PEGUERA, Miguel Poch. **La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet**, in *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, p. 25 a 64, Aranzadi, 2002, p. 27-29. Anote-se a forte crítica realizada por Oliveira Ascensão à Diretiva sobre Comércio Eletrónico, que segundo o autor preocupou-se excessivamente em disciplinar uma regra geral de irresponsabilidade, a exemplo do que fez o legislador norte-americano no *Digital Millenium Copyright Act*. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Bases para uma transposição da directriz nº 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.XLIV, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003, p.227.

¹²⁵² Esta ausência de obrigação também se encontra expressa no Considerando 47 da Diretiva sobre Comércio Eletrónico que informa os «Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral». EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, eletrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio eletrónico**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

¹²⁵³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil na internet**. in separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, I, Lisboa, Janeiro, 2001, p.192.

¹²⁵⁴ Desta sorte os prestadores intermediários de serviços em linha encontram-se desobrigados de controlarem os passos realizados pelos utilizadores das suas redes, em especial os sitios que visitam, os arquivos que são transferidos e compartilhados de e para os seus computadores e, por fim o conteúdo que estes colocam em rede. Vd. SILVA, Hugo Lança. **Os Internet Service Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juizes?** 2005, Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/isp.pdf>>, acesso aos 13.04.2013, p. 15; GONÇALVES, Pedro. **Regulação pública de conteúdos na internet em Portugal contributo para a compreensão da designada “solução provisória de litígios” pela Administração Pública no âmbito do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 107-128, v. VII, Coimbra Editora, 2008; e PEREIRA, Joel Timóteo. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação**. Quid Juris: Lisboa, 2004, p. 15.

Obviamente que a imposição deste nível de responsabilidade aos prestadores intermediários de serviços em linha, resultaria em primeiro plano numa tarefa hercúla ao nível técnico, já que se imporia à estes fornecedores o constante repasse de todas as informações sobre o tráfego que ocorre em suas redes. Num segundo plano, implicar-se-ia à atribuição duma responsabilidade por omissão dos fornecedores que não executassem a contento a obrigação de controle do tráfego das suas redes. E, por fim, num terceiro plano, resultaria em afronta às garantias constitucionais de reserva da privacidade, intimidade, bem como da liberdade de expressão de todos os utilizadores que fazem uso da rede para se conectarem, compartilharem, curtirem, etc¹²⁵⁵.

Frise-se, que a imposição deste dever geral de vigilância, de certeza obrigará os fornecedores de serviços em linhas a realizarem uma série de alterações nas plataformas digitais das suas redes. Alterações estas que para além de afetar a proteção constitucional de reserva da privacidade, intimidade e liberdade de expressão terá repercursões ao nível da estabilidade, eficiência e velocidade da conexão das redes P2P com a internet, bem como, no que se refere aos custos de investimentos acrescidos ao negócio.

Portanto, certamente, o resultado desta imposição será a oneração das condições do utilizador das plataformas digitais conectadas em rede, afetando, completamente a natureza libertária e democrática de acesso aos conteúdos na internet. Note-se, inclusive, que tanto os altos custos de investimento, como o elevado valor das tarifas cobradas para fazer circular, armazenar, alojar e transferir dados no âmbito da internet, desestimulariam não só o crescimento dos negócios na internet, como também a própria manutenção da rede, pelo menos no que concerne à sua forma atual.

Outrossim, acresça-se à este princípio geral de ausência dum dever de vigilância, a disciplina expressa no n.º 2, do art. 15.º da Diretiva que permite aos Estados-Membros, em caráter facultativo, estabelecerem para os prestadores de serviços intermediários na rede a obrigação de informação sobre as atividades ilícitas executadas nas suas plataformas digitais, bem com a

¹²⁵⁵ Cf. SILVA, Hugo Lança. **Os Internet Service Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?** 2005, Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/isp.pdf>>, acesso aos 13.04.2013, p. 16.

de identificar os destinatários dos serviços com os quais celebraram acordos de armazenagem¹²⁵⁶.

Note-se, que o legislador comunitário preocupado com a lógica do sistema que criou fundado no princípio geral de irresponsabilidade sobre os atos praticados por terceiros nas plataformas digitais que prestam serviços aos utilizadores da rede, e em tom de reiteração desta “cultura” de irresponsabilidade, resolve nos seus considerandos 47 e 48 esclarecer com maiores detalhes o conteúdo deste princípio¹²⁵⁷.

Entretanto, não se apresenta esta medida como uma solução eficaz para o enfrentamento dos problemas que se colocam em sede de imposição dum dever geral de vigilância. Observe-se, que o legislador comunitário ao permitir, nos seus Considerandos 47 e 48, os Estados-Membros regularem casos especiais de obrigação de vigilância acaba por constuir uma janela para a desarmonia do sistema¹²⁵⁸.

De sorte que o legislador português no Decreto-Lei 7/2004 utilizando da faculdade atribuída pela Diretiva sobre o comércio eletrónico acaba por estipular, no seu art. 13.º, deveres comuns aos prestador de serviços em linha.¹²⁵⁹ Assim, estabelece o referido dispositivo que se obrigam os prestadores de serviços na internet a informar de imediato, às entidades competentes, ou seja, aos tribunais e às entidades de supervisão da atividade, quando detectarem conteúdos ou atividades ilícitas; a identificar os destinatários com quem tenham acordos de armazenagem; a

¹²⁵⁶ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Bases para uma transposição da directriz nº 00/31, de 8 de Junho (Comércio Eletrónico)**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.XLIV, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003, p.227.

¹²⁵⁷ *Verbis* leia-se o que refere o Considerando 47 sobre o dever geral de vigilância, informando que este «não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais». Neste sentido o Considerando 48 autoriza os Estados-Membros a exigirem dos prestadores de serviços «que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de actividade ilegais». EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, eletrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio eletrónico.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

¹²⁵⁸ Assinale-se que esta conclusão resta clara já que os deveres estabelecidos no art. 13.º pelo Decreto Lei n.º 7/2004, conforme autorizado pela Diretiva sobre Comércio Eletrónico, quando não respeitados pelos prestadores de serviços na internet, encontram-se sujeitos à aplicação de sanção estabelecida conforme a preissão do art. 37.º do referido diploma legal português.

¹²⁵⁹ Cf. PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro**. Diário da República, I Série-A, n.º 5, 07 de Janeiro de 2004. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2004/01/005A00/00700078.pdf>>.

cumprir, pontualmente, as decisões sobre a remoção ou impossibilitar o acesso a determinados sítios; e fornecer a lista dos titulares dos sítios que alberguem¹²⁶⁰.

Registre-se que o legislador português ao impor estas obrigações aos prestadores de serviços na internet acaba por estabelecer três categorias¹²⁶¹ de deveres de vigilância que podem ser identificados como obrigações concernentes, à informação por iniciativa do próprio prestador de serviço na internet¹²⁶², à resposta sobre os pedidos realizados pelas entidades competentes¹²⁶³ e, ao cumprimento de decisões tomadas pelas entidades competentes¹²⁶⁴.

De qualquer sorte, para que esta investigação possa definir sobre a imputação de responsabilidade aos fornecedores das redes P2P, é preciso que se enfrente o modo como estas redes atuam.

Como já estudado, restou identificado que estas redes podem assumir três modelos de plataformas para a realização dos atos de compartilhamento. E que nestes três modelos, as redes P2P não executam atos de armazenamentos nos seus computadores, cingindo-se, inclusive no modelo centralizado, a assumir a função de anfitrião para a pesquisa dos clientes. Na verdade, a atividade destas redes fica restrita à oferta de listas sobre os arquivos disponíveis pelos utilizadores da rede P2P para serem compartilhados. Por isso, interessa a análise da imputação de responsabilidade no que concerne aos atos de simples transporte, de armazenagem temporária ou *caching*, já que são estes os atos executados pelas redes P2P.

Assim, no caso dos atos de mero transporte os prestadores de serviços da internet limitam-se a veicular as informações aos utilizadores de suas plataformas digitais, assumindo tão-somente

¹²⁶⁰ Hugo Lança Silva aponta que a informação destes dados pelos prestadores de serviços na internet mostra-se fundamental para o andamento duma possível ação judicial, bem como para a demonstração inequívoca da prova do ilícito cometido. Cf. SILVA, Hugo Lança. **Os Internet Service Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?** 2005, Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/isp.pdf>>, acesso aos 13.04.2013, p. 22.

¹²⁶¹ Estas categorias de obrigações foram definidas por Cláudia Trabuco que inclusive leciona que «a não disponibilização de informações ou a não prestação de informações, quando solicitadas relativamente aos titulares dos sítios albergados (...) merece apenas acolhimento na previsão de uma sanção de carácter genérico pela alínea a) do n.º 1 do artigo 37.º» Cf. TRABUCO, Cláudia. **Responsabilidade e Desresponsabilização dos Prestadores de Serviços, O Comércio Electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio**. Lisboa: ANACOM Autoridade Nacional de Comunicações, 2004, p. 150. Vd. também TRABUCO, Cláudia. **Conteúdos ilícitos e responsabilidades dos prestadores de serviços nas redes digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 473-498/ v. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 486. Todavia Hugo Lança Silva, entende que a desobediência ao cumprimento destas obrigações importa na atribuição de responsabilidade civil aos prestadores de serviços na internet. Cf. SILVA, Hugo Lança. **Os Internet Service Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?** 2005, Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/isp.pdf>>, acesso aos 13.04.2013, p. 22.

¹²⁶² Conforme estabelece a alínea a), do art. 13.º do Decreto Lei n.º 7/2004.

¹²⁶³ De acordo com a previsão das alíneas b) e d), do art. 13.º do Decreto Lei n.º 7/2004.

¹²⁶⁴ Segundo o que disciplina alínea c), do art. 13.º do Decreto Lei n.º 7/2004.

um papel passivo na transmissão dos arquivos pelas redes de comunicação¹²⁶⁵. De sorte que a rede P2P configura-se como um mero intermediário para a transmissão de arquivos, limitando-se apenas a permitir o acesso à rede que em geral não possui mecanismos técnicos adequados para controlar os conteúdos dos arquivos que são compartilhados¹²⁶⁶.

Observe-se, portanto, se a atividade da rede P2P for «puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta» ficará isento de qualquer responsabilidade em relação aos arquivos compartilhados pelos seus utilizadores, mesmo que ilícitos¹²⁶⁷.

Anote-se que a aplicação do regime de isenção de responsabilidade previsto no art. 14.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 do ordenamento jurídico português mister que se verifiquem a presença de quatro requisitos atinentes ao prestador de serviços na internet. Assim, não pode o fornecedor destes serviços em linha estar na origem da transmissão, intervir no conteúdo e na seleção das mensagens transmitidas¹²⁶⁸ e também na seleção dos destinatários das mensagens.

Portanto, se a rede P2P restringir-se à tarefa que lhe compete, ou seja, possibilitar o acesso à sua plataforma digital e a transmissão de arquivos, sem interferir no seu conteúdo, na seleção do mesmo e dos seus destinatários, não poderá ser o fornecedor responsabilizado. Mas, por outro lado incorrendo a rede P2P em qualquer destas modalidades de interferência o comando

¹²⁶⁵ Vd. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

¹²⁶⁶ Neste sentido vd. MORALES, Óscar García. **Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediários de la sociedad de la información. Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet**. Aranzadi, 2002, p. 187. Como também TRABUCO, Cláudia. **Conteúdos ilícitos e responsabilidades dos prestadores de serviços nas redes digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 473-498, v. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 486. Menezes Leitão sobre a imputação aos prestados de serviços na internet da obrigação de vigilância pelos conteúdos transmitidos por terceiros refere «mesmo que se pudesse considerar existente um dever de controlar o conteúdo do material que circula na rede, a verdade é que se torna materialmente impossível estabelecer esse controle, da mesma forma que não é possível a um operador da rede telefónica controlar o conteúdo de uma chamada, o que inviabiliza qualquer possibilidade de estabelecer um juízo de culpa, necessário para a constituição da responsabilidade civil», LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil na internet**. in separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, I, Lisboa, Janeiro, 2001, p.184.

¹²⁶⁷ Cf. Considerando 42 da Diretiva sobre Comércio Eletrónico. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, electrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio electrónico**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

¹²⁶⁸ Joel Timóteo cita como exemplo de filtros aplicados com o fim de intervir no conteúdo das mensagens transmitidas, o caso do provedor uol.com.br, tendo este fornecedor desenvolvido um programa que bloqueava as mensagens indesejadas, a exemplo de spam, pornografia na caixa-postal do seu utilizador. De sorte que se uma mensagem fosse proveniente de um utilizador não reconhecido a mesma não era distribuída. PEREIRA, Joel Timóteo. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação**. Quid Juris: Lisboa, 2004, p. 875.

da norma determina à imputação das regras gerais da responsabilidade comum, segundo estabelece o art. 11.º do referido Decreto-Lei 7/2004 português.

Convém registrar, neste sentido, que se trata duma solução não muito comum e que requer um esforço de interpretação arriscado. Pois o legislador português no art. 13.º do Decreto-Lei 7/2004 imputa aos prestadores intermediários de serviços na rede um conjunto de deveres genéricos que se não cumpridos encerrará sanção por omissão destes fornecedores de serviços em linha, segundo o que estabelece o art. 37.º. Todavia, no que toca ao regime da responsabilidade dos prestadores de serviços de mero transporte na rede, determina o comando normativo exatamente um dever de abstenção à execução das obrigações que anteriormente estabeleceu como obrigatórias.

Esclareça-se, assim, que devem os prestadores de serviços de mero transporte na rede limitarem-se à prática dos processos técnicos de exploração e abertura da rede. Todavia se viola este limite, realizando atividades que ultrapassam a *ratio* da sua atividade de mero transporte, ser-lhe-á imputado o regime geral da responsabilidade comum.

Por exemplo, quando o provedor de serviços na internet instala filtros em suas plataformas digitais, com o fim de filtrar mensagens e acessos aos conteúdos que terceiros disponibilizam na sua rede de compartilhamento. Nestes casos, entende-se pela aplicação da responsabilidade pois ao agir quando não deveria o prestador de serviços na internet transfere para a sua esfera jurídica a responsabilidade da seleção dos conteúdos, mensagens e acessos proibidos que anteriormente encontrava-se apenas franqueado ao utilizador.

Ademais, cumpre-se estudar a eventual imputação de responsabilidade civil aos fornecedores das redes P2P pelos atos de armazenagem intermédia e temporária que as suas plataformas digitais executam. Frise-se, desde logo, o estudo que já se realizou em sede de reprodução temporária, ocasião em que se esclareceu sobre a necessidade técnica da concretização destes atos.

Na verdade, as redes P2P executam a armazenagem temporária, com o fim de tornar mais eficiente e célere a resposta em lista que devolve aos seus utilizadores, contendo os arquivos que se encontram disponíveis para serem compartilhados através da sua plataforma digital. Assim, os inúmeros procedimentos técnicos que são levados a cabo a fim de permitir que esta

comunicação à distância se realize, podem tornar-se mais céleres com o procedimento de armazenagem temporária¹²⁶⁹.

Constata-se os atos de armazenagem temporária¹²⁷⁰ na execução de cópia dos conteúdos colocados em linha e que se encontram armazenados em servidores de propriedade dos utilizadores das redes P2P que se encontram localizados espacialmente mais distantes do utilizador que deseja realizar o ato de *download*. Refira-se que estes atos de armazenagem alojam temporariamente o arquivo comprimido na memória *cache* do sistema ou mesmo na rede mais próxima¹²⁷¹. Frise-se, ainda, que apenas são armazenados os arquivos com maior frequência de acesso e busca pelos utilizadores.

Sem embargo, restringindo-se as redes P2P à armazenagem temporária, ou seja ao ato de *caching* o Decreto-Lei 07/2004 português estabelece a isenção de responsabilidade para estes fornecedores de serviços em linha¹²⁷².

Note-se, entretanto, que para a aplicação da isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços em linha depende que as atividades concretizadas por estes sigam um conjunto de critérios. Critérios estes que não autorizam este fornecedor de serviços a intervir no conteúdo e na seleção dos destinatários da mensagem transmitida, a utilizar de forma ilegítima de tecnologia para a recolha de dados sobre o uso da informação, bem como, obrigando-os a respeitar as condições de acesso e atualização da informação transmitida.

Mais ainda, imputa-se a obrigação ao prestador de serviços em linha a atuar diligentemente para remoção ou bloqueio do acesso à informação armazenada que saiba ser ilícita ou quando

¹²⁶⁹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os actos de reprodução no ambiente digital. As transmissões digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69 a 86.

¹²⁷⁰ Saliente-se que a expressão utilizada pelo legislador português quando transpôs a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico é diversa da referida pelo legislador comunitário. O art. 15.º do Decreto-Lei 07/2004 faz uso da expressão «armazenagem intermédia», que segundo Oliveira Ascensão é a que melhor representa a verdade da atividade que é desempenhada pelos prestadores intermediários de serviços em linha. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Perspectiva Jurídica. O Comércio Electrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio**. ANACOM Autoridade Nacional de Comunicações, p.104-141, Lisboa, 2004, p. 109.

¹²⁷¹ Cf. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

¹²⁷² Inclusive, esta compreensão é expressa pelo legislador comunitário no considerando 43 da Diretiva Comunitária sobre o Comércio Eletrónico. Disciplina a referida norma comunitária que estando o fornecedor de serviços na internet «inteiramente alheio à informação que transmite» estará este isento de responsabilidade sobre os arquivos que temporariamente são armazenados em sua rede. EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, electrónico, no mercado interno. Directiva sobre comércio electrónico**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

lhe tenha sido ordenado a remoção ou o bloqueio por tribunal ou entidade competente para tanto.

Todavia, saliente-se que para a aplicação deste regime de isenção de irresponsabilidade do prestador de serviços que realiza atos de armazenagem temporária é necessário que este conforme os requisitos de condições de acesso e de atualização da informação.

Refira-se, assim, sobre o dever de cumprimento das condições de acesso estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 07/2204 português. Este dever imputa ao prestador de serviços em linha a reprodução das mesmas condições de acesso à sua rede independentemente da atividade que realize. De sorte que os prestadores de armazenagem devem exigir as mesmas condições de acesso para a cópia em *cache* no sistema que realizam.

Da mesma forma, esta norma prescreve sobre o dever dos prestadores de serviços na internet de cumprir as condições relativas à actualização da informação. Registre-se, todavia, que a lei não determina qual a regularidade destas atualizações, fazendo remissão para o que a disciplina do setor regular.

Ademais, destaque-se, o que estabelece a alínea b), do n.º 2, do rt. 15.º do Decreto-Lei n.º 07/2204 português. Note-se que a redação deixa implícito a obrigação, segundo o que disciplina o setor de regulação da internet, dos fornecedores intermediários de serviços na internet em tomar conhecimento sobre quem, quando e com que frequência os utilizadores acedem às suas plataformas digitais.

Observe-se, entretanto, que esta obrigação de agir ou de carácter positivo¹²⁷³, implica na retirada da informação ou no impedimento do acesso à rede, que deve ser realizado independentemente da sua natureza lícita ou ilícita¹²⁷⁴.

¹²⁷³ Cf. TRABUCO, Cláudia. **Conteúdos ilícitos e responsabilidades dos prestadores de serviços nas redes digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 473-498,/ v. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 489.

¹²⁷⁴ Oliveira Ascensão sobre o tema informa que «Se o conteúdo for ilícito, a observância daquele dever tem a consequência de sujeitar o prestador do serviço a responsabilidade». Contudo, para o autor «tem de estar pressuposta a consciência do prestador de aqueles dados respeitarem a conteúdo ilícito». ASCENSÃO, José de Oliveira. **Bases para uma transposição da directriz nº 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.XLIV, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003, p. 230. Em acordo com este raciocínio Cláudia Trabuco aponta que «(...) o “conhecimento” a que se refere o presente artigo se reporta às situações fácticas de retirada da informação da fonte ou de inviabilização do acesso à mesma. Não se dirige, (...), ao conhecimento da existência de uma ilicitude do conteúdo que é objecto da transmissão.» Cf. TRABUCO, Cláudia. **Conteúdos ilícitos e responsabilidades dos prestadores de serviços nas redes digitais**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 473-498,/ v. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 486

Afirme-se, portanto, que os prestadores de serviços na internet que realizam atos de armazenagem temporária somente serão responsabilizados no caso de não atualização destas informações em *cache* armazenada, quando estas permanecem acessíveis após conhecerem da sua retirada na fonte originária, quando esta retirada tenha sido ordenada pelas autoridades competentes ou, quando utilizem a sua atividade para a obtenção de dados sobre a utilização da informação¹²⁷⁵.

Por isso é que será responsabilizado segundo as regras comuns o prestador de serviços que conhecer sobre o ato de retirada ou bloqueio da informação na fonte originária ou que uma entidade competente ordenou a sua retirada ou bloqueio e não diligenciar neste mesmo sentido¹²⁷⁶.

Aliás, esta é a disciplina autorizada pela Diretiva sobre o comércio eletrónico disposta no seu considerando 44. De sorte que se o prestador de serviço na internet colabora «deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, com o intuito de praticar actos ilegais, ultrapassa as actividades de simples transporte ou armazenagem temporária (“*caching*”), pelo que não pode beneficiar das isenções de responsabilidade aplicáveis a tais actividades»

Sem embargo, toda esta análise sobre a legalidade da conduta do prestador de serviços P2P, é útil com o fim de reconhecer ou não a imputação duma responsabilidade em face do dever de vigilância. Assim, questiona-se sobre a responsabilidade indireta do fornecedor das redes P2P pelas infrações aos direitos de autor cometidas pelos seus utilizadores.

Defende, portanto, esta investigação a tese de que não é razoável a atribuição de responsabilidade aos fornecedores das redes P2P de forma geral. Ressalvando-se a hipótese de ficar constatado que este fornecedor realizava os atos de *upload* dos arquivos digitais e os disponibilizava em sua rede.

Note-se que o caso particular dos prestadores de serviços P2P é bastante semelhante, por exemplo, à atuação de empresas que comercializam máquinas de fotocópias ou mecanismos

¹²⁷⁵ Cf. SILVA, Hugo Lança. **Os Internet Service Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?** 2005, Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/isp.pdf>>, acesso aos 13.04.2013, p. 17.

¹²⁷⁶ Aplica-se esta responsabilidade na medida em que não se permite a manutenção intermediária de toda a informação que na fonte originária deixou de estar disponível. Cf. » Cf. TRABUCO, Cláudia. **Responsabilidade e Desresponsabilização dos Prestadores de Serviços, O Comércio Electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio**. Lisboa: ANACOM Autoridade Nacional de Comunicações, 2004, p. 153.

que possibilitam a fixação da cópia reproduzia como o caso dos CDs e DVDs aptos à gravação¹²⁷⁷.

Entretanto, tais argumentos não têm sido suficientes nos tribunais para afastar o entendimento majoritário sobre a responsabilidade dos fornecedores das redes P2P, quase sempre fundada na doutrina própria do sistema de *common law* do *secondary copyright infringement*¹²⁷⁸, ou seja a imputação de responsabilidade solidário das redes P2P que permitem o compartilhamento de arquivos contendo obras protegidas pelos direitos de autor¹²⁷⁹.

No que tange ao regime jurídico autoral brasileiro, a responsabilidade solidária deriva em geral da participação direta de diversos agentes, configurando-se, assim, co-autoria na prática do dano. Determinando-se, portanto, a aplicação da disciplina expressa no parágrafo único do art. 942 do Código Civil brasileiro, que estabelece serem «solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932»¹²⁸⁰.

Por isso é que a tese da responsabilidade solidária apenas poderá ser aplicada na hipótese em que for possível demonstrar-se a responsabilidade do prestador de serviços P2P por qualquer

¹²⁷⁷ São exemplos clássicos os casos da Xerox que vende máquinas fotocopadoras, da Maxwell que vende CDs e DVDs virgens, da Apple que vende iPods ou da Sony pelos seus aparelhos de MP3.

¹²⁷⁸ Neste sentido, destaque-se a decisão da Corte Federal australiana, no caso *Universal Studios v. Sharman Networks*, que entendeu ter o fornecedor do programa KaZaA conhecimento sobre os dados transmitidos através da plataforma digital da rede P2P, importando assim em violação aos direitos de autor. Compreendeu esta Corte que mesmo em face dos atos de compartilhamento lícitos realizados na plataforma digital da rede P2P do fornecedor, tais atos representavam apenas uma pequena parcela do conjunto dos atos nela realizados, não sendo, portanto, caso de isenção de responsabilidade. Ademais, a decisão ressaltou a não utilização de medidas tecnológicas tendentes a controlar o tráfego dos conteúdos ilícitos, visando a sua remoção e/ou bloqueio. Saliente-se que a despeito deste posicionamento a Corte Federal da Austrália foi cuidadoso ao imputar responsabilidade ao fornecedor do programa P2P de compartilhamento de arquivos em linha, pois reconheceu a dificuldade deste fornecedor em prevenir os atos ilícitos de compartilhamento de obras protegidas pelos direitos de autor. Por essa razão fazia-se necessário abrir uma oportunidade ao fornecedor da rede P2P para corrigir o problema, para que os atos de filtragem concretizem-se sem a violar a liberdade de expressão e comunicação dos utilizadores da rede. AUSTRÁLIA. Corte Federal da Austrália. **Universal Music Australia Pty Ltd & ORS v Sharman License Holdings Ltd. & ORS**. NSD 110 OF 2004 - [2005] FCA 1242. Sidney, julgamento em 05.09.2003. Disponível em <<http://www.steptoe.com/assets/attachments/2051.pdf>>.

¹²⁷⁹ Foi assim que entendeu o Tribunal de primeira de Amsterdã, imputando responsabilidade ao fornecedor do programa de compartilhamento de arquivos KaZaA. HOLANDA. Tribunal de Primeira Instância de Amsterdã. **Bruma/Stemra v. KaZaA**. KG 01/2264 OdC. Julgamento em 29.11.2001. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20011112_kazaa_complaint.html>. Em recurso, compreendeu o Supremo Tribunal Federal da Holanda que o fornecedor do programa KaZaA para além de não efetuar atos de reprodução, não podia prevenir que os seus utilizadores realizassem atos de cópia dos arquivos contendo obras musicais tuteladas pelos direitos de autor. De sorte que não podia ser este prestador intermediário de serviços em linha responsável pelos eventuais atos ilícitos praticados pelos seus utilizadores, através da sua plataforma digital. HOLANDA. Suprema Corte da Holanda. 1.ª Câmara. **Bruma/Stemra v. KaZaA**. AN7253. Case n.º: C02/186HR. Julgamento em 19.12.2003. Disponível em <<http://www.muddlawoffices.com/RIAA/cases/Netherlands.pdf>>.

¹²⁸⁰ BRASIL. **Código Civil brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

ato de contrafação¹²⁸¹. A disciplina da responsabilidade solidária encontra-se prevista no art. 104 da lei autoral brasileira, estabelecendo que aquele que comercializa ou auxilia na comercialização da obra reproduzida fraudulentamente, oculta, tem em depósito ou importa, com o fim de obter lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, é solidariamente responsável com o contrafator¹²⁸².

Frise-se, a respeito, que a jurisprudência vem entendendo que a regra geral não disciplina uma responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, exigindo-se, portanto, a prova da culpa¹²⁸³. Por isso, é que os tribunais brasileiros de modo geral, para atribuir responsabilidade aos prestadores de serviços em linha, exigem a prova de que estes fornecedores tenham conhecimento sobre a ilicitude contida nos arquivos que circulam em suas plataformas digitais¹²⁸⁴.

No Brasil, a grande polêmica reside sobre a exploração comercial que os fornecedores das redes P2P realizam com o fim lucrativo. De sorte que se tem questionado se verdadeiramente existe alguma divergência de larga escala entre a conduta destas redes P2P e a conduta de

¹²⁸¹ Mas, o regime jurídico civil brasileiro ainda prevê casos de responsabilidade por fato de terceiro.

¹²⁸² Vd. tb. Os arts. 86, 107, IV e 110 da lei autoral brasileira.

¹²⁸³

A despeito da Corte Distrital ter entendido sobre a atribuição de reponsabilidade para a empresa Aimster, fornecedora do programa de compartilhamento de arquivos através da plataforma digital de mensagens instantâneas AIM, em face do argumento de que não bastava a potencialidade das utilizações lícitas do programa, fazendo-se necessário a prova de que tais usos constituíam o primeiro e fundamental uso da tecnologia. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital Norte-americana. Distrito Norte de Illinois. Divisão Oriental. **In re: Aimster Copyright Litigation**. Caso n.º 01 c 8933. Multi District Litigation #1425. Julgamento em 17.11.2001. Disponível em <https://www.eff.org/files/filenode/Aimster/district_decision.pdf>. Em grau superior de jurisdição manteve-se a decisão deste Tribunal, todavia, a Corte de Apelação afirmou que a despeito do conhecimento pelo prestador intermediário de serviços na internet sobre os eventuais usos ilícitos da sua plataforma, não poderia ser este fornecedor responsabilizado unicamente em face deste argumento. Inclusive, compreendeu esta Corte que a prevenção dos usos ilícitos através de filtros, isoladamente, não determinava o nexo de imputação da responsabilidade. Por isso, entendeu a Corte de Apelação que a prova dos usos lícitos e ilícitos duma determinada tecnologia de compartilhamento apenas será admitida como causa de excludente de responsabilidade, quando for possível estimar a quantidade de usos lícitos. De sorte que não bastava a potencialidade das utilizações lícitas do programa, fazendo-se necessário a prova efetiva de que os mesmos ocorriam. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação. 7.º Circuito. **In re: Aimster Copyright Litigation**. 334 F.3d 643. Apelação n.º 02-4125. Julgamento em 30.06.2003. Disponível em <[http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster\(9c6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster(9c6-30-03).htm)>.

¹²⁸⁴ Foi o que entendeu a 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná sobre a responsabilidade do provedor de hospedagem. A decisão afastou a hipótese da responsabilidade objetiva deste provedor de hospedagem pela colocação de material ilícito por utilizador da plataforma digital. Concluiu este órgão julgador que esta qualidade de responsabilidade apenas será aplicada nos casos de flagrante ilicitude. Vd. in litteris: «Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro» BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 5.ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 130075-8. Londrina, 19.11.2002.

empresas como a Xerox, que não se refira exclusivamente ao meio no qual as ferramentas de tais fornecedores realizam as suas atividades empresariais¹²⁸⁵.

Assim, no que se refere à imputação da responsabilidade dos prestadores de serviço a jurisprudência brasileira tem sido bastante tendenciosa a eximir a responsabilidade destes, visto que esses fornecedores não têm como controlar todo o conteúdo que é colocado à disposição por seus utilizadores.

No entanto, esta mesma corrente entende que incidirá responsabilidade ao fornecedor de serviços na internet, quando este por meio de decisão judicial tomar ciência da ilicitude do conteúdo exposto em seu espaço e não respeitar a imposição legal de bloqueio ou retirada do conteúdo dentro do prazo estabelecido¹²⁸⁶.

Destarte, para além da jurisprudência entender que os prestadores de serviços em linha não teriam como controlar todo conteúdo que é exposto por terceiro, compreende a presente investigação que tais fornecedores de serviços não têm conhecimento técnico jurídico suficiente para discernir sobre a ilicitude do conteúdo exibido por terceiros em suas plataformas digitais¹²⁸⁷.

¹²⁸⁵ Alguns consideram que as atividades desenvolvidas pelos fornecedores das redes P2P são idênticas àquelas realizadas por fornecedores tradicionais do mercado musical. Como é o caso da Sony que «lucrou com a venda de aparelhos de VHS, ou como lucraram os vendedores de fitas K-7, e continuam lucrando com DVRs, CDRs, iPods, MP3s (...).Rigorosamente o mesmo potencial de ilícito pode ser impingido a todas essas empresas e produtos. Não há diferença real entre o que fazem e os atos dos provedores de serviços P2P.» WACHOWICZ, Marcos e PESSERL, Alexandre. **Responsabilidade Cvil do Provedor de Serviços P2P no ordenamento brasileiro.** Anais. p. 6912-6924. CONPEDI, p. 6920. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/anais/36/10_1671.pdf>, acesso aos 17.01.2014.

¹²⁸⁶ Foi assim que se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, «Note-se, portanto, que a responsabilidade dos provedores de hospedagem por atos ilícitos praticados por seus usuários é subjetiva, advindo apenas de eventual conduta omissiva, de negligência ou imprudência, tendo aplicação o art. 186 do Código Civil. Isto ocorrerá quando o provedor de hospedagem deixar de bloquear o acesso à informação ilegal disponibilizada por um usuário, ou quando não o fizer em tempo hábil, desde que tenha sido previamente informado a esse respeito e desde que não haja dúvidas sobre a ilicitude da conduta perpetrada pelo usuário» BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **13.ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2007. 001. 52346.** Relator Desembargador Artur Eduardo Ferreira. Julgado em 16/01/2008. Disponível em:<<http://br.vlex.com/vid/-40811677>>. Acesso em: 10/11/2013.

¹²⁸⁷ Foi assim que entendeu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre a matéria: «6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.» BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.ª Turma. **Recurso Especial n.º 2011/0307909-6 (REsp 1316921 / RJ).** Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 26.06.2012, publicado no Diário de Justiça Eletrônico aos 29.06.2012, RDTJRJ vol. 91 p. 74 e RSTJ vol. 227 p. 553. Disponível em

Como referido anteriormente na União Europeia, tem vigorado o posicionamento de haver uma responsabilidade presumida que deriva do risco da atividade pertinente aos prestadores de serviços na internet, visto que em alguns casos a manifesta ilicitude do conteúdo mostra desnecessário o conhecimento prévio de técnicas jurídicas¹²⁸⁸.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+provedor+de+servi%EF7os&&b=A COR&p=true&t=&l=10&i=2>>.

¹²⁸⁸ Observe-se a decisão de 29.06.2007 do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas que condenou o fornecedor intermediários de serviços da internet, Tiscali, a efetuar o bloqueio, dos arquivos dos seus utilizadores, contidos no diretório de trabalho da Sociedade Belga de Autores, Compositores e Editores - SABAM, disponibilizados através da plataforma digital P2P do referido fornecedor de serviços na internet.

Recentemente, no entanto, as decisões, de 26 de Novembro de 2004 e de 29 de junho de 2007 tomadas pelo Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, mostram que o papel dos prestadores intermediários de serviços na gestão de conteúdos ilegais que flui através das suas redes continua gerando diversas controvérsias. Advirta-se que na sua decisão de 29 de Junho de 2007, depois de receber as conclusões dos especialistas consultados, o Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas confirma a sua posição anterior. Com base no laudo pericial, o tribunal começou por salientar que existem medidas técnicas capazes de impedir infrações aos direitos de autor. De sorte que, entre as várias medidas identificadas pelo perito, o Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, em seguida, observou que apenas uma delas apresenta-se como uma solução adequada de filtragem, capaz de distinguir entre os conteúdos lícitos e ilícitos. Nesta sentido, o Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas finalmente considerou que a imposição de tais medidas técnicas não contrariam as disposições legais nesta matéria e, entre outros, os da lei belga de 11 de Março de 2003. Para tanto, sustentou, este Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas a sua decisão no Considerando 45 da Directiva sobre comércio eletrónico. Vd. BÉLGICA. Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas. **SABAM v. TISCALI**. Caso n.º 2004/46/A. Julgamento de 25.05.2004. Disponível em

<http://portal.unesco.org/culture/en/files/22029/11515769531ju_b_en.pdf/ju_b_en.pdf>. E também VERBIEST, Thibault e BELLEFROID, Marie de. **Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet : retour sur l'affaire SABAM C/ Tiscali**. in *Légipresse*, n.º 246. Novembro/2007, p. 156-160. Entretanto o Tribunal de Justiça da União Europeia anos mais tarde, acaba por alterar esta ordem de ideias, entendendo ser ilegal a obrigação de filtrar as comunicações eletrónicas dos utilizadores da rede. *Verbis*: «39 Deste modo, essa vigilância preventiva exigiria uma observação activa da totalidade das comunicações electrónicas efectuadas na rede do FAI em causa e, portanto, englobaria toda e qualquer informação a transmitir e todos os clientes que utilizam essa rede. 40 Em face do exposto, deve observar-se que a medida inibitória aplicada ao FAI em causa de instalar o sistema de filtragem controvertido o obrigaria a proceder a uma vigilância activa de todos os dados relativos aos seus clientes a fim de prevenir qualquer violação futura dos direitos de propriedade intelectual. Daqui se conclui que a referida medida inibitória imporia a esse FAI uma vigilância geral que é proibida pelo artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 2000/31. 41 Para apreciar a conformidade dessa medida inibitória com o direito da União, há, além disso, que ter em conta as exigências resultantes da protecção dos direitos fundamentais aplicáveis, como os que são referidos pelo órgão jurisdicional de reenvio.» Enfatizadamente concluiu este Tribunal europeu que: «(...) 48 Deste modo, a referida medida inibitória implicaria uma violação caracterizada da liberdade de empresa do FAI em causa, dado que o obrigaria a instalar um sistema informático complexo, oneroso, permanente e exclusivamente a expensas suas, o que de resto seria contrário às condições previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2004/48, que determina que as medidas para assegurar o respeito dos direitos de propriedade intelectual não sejam desnecessariamente complexas ou onerosas.» EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Terceira Seção. **Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et   diteurs SCRL (SABAM)**. Processo C-70/10, julgamento de 24 de Novembro de 2011. Disponível

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6ce580d3477b547fabd489cb86028f74a.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaxuTe0?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=53578>>.

Essa presunção de responsabilidade não tem o intuito de atribuir ao prestador de serviços na internet a reparação do dano, mas sim à prevenção do mesmo colaborando para minorar os danos que possam ser causados ao utilizador¹²⁸⁹.

De qualquer sorte não se apresenta de todo razoável este posicionamento. Assim, parece mais adequada a posição, que vem sendo amparada pela jurisprudência brasileira¹²⁹⁰ e que foi proposta pelo Projeto do Marco Civil da Internet¹²⁹¹, imputando ao prestador de serviços na internet a responsabilidade pelo conteúdo de terceiros a partir do momento, que por meios jurídicos vem a ter ciência do fato danoso e nada faz para reparar. Este projeto garante que a

¹²⁸⁹ Neste diapasão a jurisprudência entendeu que: «Nos ambientes eletrônicos, em razão do papel intermediário dos controladores de sistema, que tomam parte de certa forma nas atividades que neles são desenvolvidas, embora nem sempre exerçam um controle real sobre o conjunto das informações que neles circulam (como acontece em relação à hospedagem de páginas e armazenamento de arquivos), essa participação poderia ser interpretada como implicando um conhecimento presumido do caráter ilícito da informação que se encontra em seu sistema. Por essa razão, o controlador que tem conhecimento da natureza ilegal da informação tem o dever de tomar as medidas necessárias para preveni-la ou retirá-la do sistema, sob pena de ser responsabilizado. Essa exigência de conduta, no entanto, deve ser interpretada mais como uma obrigação de manter-se diligente, de tomar providências que sejam consideradas próprias para fazer cessar a publicação ilícita, do que o dever de intervir diretamente no conteúdo da página eletrônica hospedada em seu sistema.» BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4.^a Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n.º 556.090.4/4-00**. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgamento em 12.06.2008. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordao_cicarelli.pdf>.

¹²⁹⁰ Esta, na verdade é jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, imputando tão-somente responsabilidade aos prestadores de serviços na internet quando após receberem notificação formal da prática de ilícitos nas suas redes com o fim do removerem ou bloquearem o conteúdo ilícito disponibilizado por terceiros deixarem de agir. Nestes casos responderão estes fornecedores de serviços na internet por omissão. Refira-se, inclusive, que este vem sendo o entendimento também adotado pelos tribunais norte-americanos, a exemplo do decidido no caso Napster. Vd. o voto da Ministra Nancy Andrighi: «5.A verificação de ofício do conteúdo das mensagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de hospedagem de blogs, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle. 6. Não se pode exigir do provedor de hospedagem de blogs a fiscalização antecipada de cada nova mensagem postada, não apenas pela impossibilidade técnica e prática de assim proceder, mas sobretudo pelo risco de tolhimento da liberdade de pensamento. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de criação, expressão e informação, assegurada pelo art. 220 da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 7. Ao ser comunicado de que determinada mensagem, imagem ou propaganda postadas em blog por ele hospedado possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, deve o provedor removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente aquele conteúdo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada. 8. O cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagem, imagem ou propaganda consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo post e, quando necessário, especificação exata do conteúdo ofensivo e/ou ilícito contido na página.» BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 2012/0122546-0 (REsp 1328706 / MG)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento aos 15.10.2013, publicação no Diário de Justiça Eletrônico em 13.12.2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+provedor+de+servi%EF7os&&b=A-COR&p=true&t=&l=10&i=1>>.

¹²⁹¹ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2126/2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>, acesso aos 22.02.2014.

ordem judicial deve conter a identificação clara e específica do conteúdo infringente sob pena de nulidade da mesma¹²⁹².

De sorte que a obrigação da ordem judicial para remoção ou bloqueio indicar, de forma clara e específica, o conteúdo apontado como infringente, evita a adoção de ordens genéricas e faculta a localização inequívoca do material. Por isso, defende esta investigação que a esta obrigação de agir do prestador intermediário de serviços na internet, após notificado para a remoção ou bloqueio do arquivo com conteúdo ilícito, acresce-se o dever anexo de indicação do *hyperlink*, ou seja ligação específica, relacionada ao arquivo contendo material considerado ilícito pelas entidades competente¹²⁹³.

O art. 19 do Projeto do Marco Civil da Internet consagra o princípio da neutralidade da rede, ao dispor que o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Tal medida visa proteger os diversos intermediários responsáveis apenas pela transmissão e roteamento de conteúdos, reconhecendo que a responsabilidade por eventuais infrações por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros cabe àqueles que as cometeram, e não àqueles que mantêm a infraestrutura necessária para o trânsito de informações na Internet¹²⁹⁴.

¹²⁹² É o que refere o art. 20 do Projeto de Lei do Marco Civil na internet « Art. 20. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.» BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2126/2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>, vd. tb. <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014. Para uma visão geral das alterações deste projeto pelo Congresso Nacional e todos os seus dispositivos vd, PIMENTA, Marcelo, WAGNER, Flávio, CANABARRO, Diego R. **Tabela comparativa da redação das versões do Substitutivo do Dep. Alessandro Molon ao texto do Projeto de Lei 2.126/2011 (Marco Civil da Internet do Brasil).** CEGOV – Centro de Estudos Internacionais sobre o Governo, UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.ufrgs.br/cegov/files/gtgov_marcocivil.pdf>.

¹²⁹³ O Relator do Projeto de Lei do Marco Civil da internet brasileira entende que « Nesse aspecto, fizemos ainda constar expressamente do início do dispositivo que esta salvaguarda tem o intuito de assegurar a liberdade de expressão e de impedir a censura, explicitando a preocupação da manutenção da Internet como um espaço de livre e plena expressão.» BRASIL. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro Molon. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

¹²⁹⁴ *Verbis*: «Art. 19. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.» BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2126/2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>, acesso aos 22.02.2014.

Refira-se que este Projeto de Lei do Marco Civil da Internet, alcunhado por muitos como a Constituição brasileira da Internet, disciplina garantias contra a indevida responsabilização dos prestadores intermediários de serviços na internet, protegendo, assim, o potencial de inovação na rede¹²⁹⁵.

Saliente-se, ademais que o art. 20 deste projeto de lei, manteve a regra geral de isenção de responsabilidade do prestador intermediário de serviços na internet. Todavia, ressaltou a responsabilidade deste fornecedor na hipótese de descumprimento de ordem judicial específica de retirada de conteúdo gerado por terceiros, bem como excepcionou os casos de eventuais disposições legais em contrário. A exemplo, das regras que tratam sobre a remoção de conteúdos relativos à pornografia infantil, já que devem ser removidos conforme o que determina a lei específica, ou seja, por meio de simples notificação oficial, conforme a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁹⁶.

Ademais, frise-se a disciplina contida no §2º do art. 20 disciplinando que a regra sobre a isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços na internet não será aplicada nas hipóteses de infrações contra os direitos de autor ou aqueles que lhes são conexos¹²⁹⁷.

Vd. tb. BRASIL. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro Molon. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

¹²⁹⁵ Observe-se que o âmbito da isenção de responsabilidade por danos ou prejuízos causados pelos prestadores intermediários de serviços na internet é meramente civil. Alíás, o escopo civil de proteção é o objetivo de regulação do Projeto de Lei do Marco Civil na Internet. A doutrina já se pronunciou no sentido de que: «Ainda não há uma solução clara para a determinação de qual seria a responsabilidade do provedor de acesso em face dos ilícitos cometidos por seus clientes, sejam ilícitos criminais, ou civis, como os casos de contrafação, em casos de obras protegidas por direitos autorais. A solução legislativa norte-americana para o caso da isenção de responsabilidade por contribuição dos provedores de acesso à Internet em relação às contrafações praticadas por terceiros (ainda que seus clientes) é uma boa saída jurídica. As principais justificativas que encontramos residem não só na simplificação da responsabilização que ela propõe, o que configura um estímulo para a atividade empresarial dos provedores de acesso à Internet, como também na garantia de que o nexo de causalidade não se estende além daqueles que realmente se envolveram na contrafação.» ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 247.

¹²⁹⁶ Dispõe o art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a Lei nº 8069/1990, que logo após notificação oficial, o conteúdo contendo cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente deve ser imediatamente indisponibilizado pelo prestador intermediário de serviços na internet. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>.

¹²⁹⁷ *In Verbis*: «§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.» BRASIL. **Projeto de Lei nº 2126/2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>, acesso aos 22.02.2014. Vd. tb. BRASIL. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro

De sorte que em sede da presente investigação, mesmo com a aprovação do Projeto de Lei do Marco Civil na Internet, as dúvidas ainda serão muito suscitadas quanto a aplicação da regra de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços na internet¹²⁹⁸. Por isso, é que o entendimento dos tribunais brasileiros permanecerão como um divisor de águas, nesta matéria¹²⁹⁹.

Observe-se, inclusive, que após essa modificação inserida pelo novo substitutivo apresentado pelo governo brasileiro, as preocupações tornaram-se crescentes sobre a possibilidade de se inserir um regime jurídico de responsabilidade diferenciado ao proposto no Projeto de Lei do Marco Civil. Pois que, o risco da disciplina de dois regimes jurídicos diversos, reside na inadequação do mesmo, já que em sede da previsão dos limites aos direitos de autor, como no caso da cópia para uso privado, em geral a lei não procede a distorções do sistema, fundado apenas no ambiente no qual a utilização para uso privado concretize-se¹³⁰⁰.

Molon. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

¹²⁹⁸ Foi o que se observou no julgamento do caso MGM v. Grokster, no qual tanto a Corte Distrital como a Corte de Apelação entenderam pela isenção de responsabilidade do prestador intermediário de serviços na internet da rede P2P de compartilhamento de arquivos em linha, em face da arquitetura da plataforma digital do programa de compartilhamento de arquivos o ambiente digital, que não permitia a controle dos atos de compartilhamento. Vd. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital. Distrito Central da Califórnia. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v.Grokster, Ltd.** Processo CV 01 – 08541 – SVW (PJWx) Julgamento em 18.06.2003. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/54b_1292b_order.pdf>. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação. 9.º Circuito. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v.Grokster, Ltd.** Caso n.º. 03-55894, Julgamento em 19.08.2004. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20040819_mgm_v_grokster_decision.pdf>. Entretanto, a Suprema Corte Norte-americana adotou entendimento contrário defendendo que a publicidade contida na plataforma digital do prestador intermediário de serviços Grokster objetivava cativar os utilizadores da plataforma Napster, como ainda utilizava de tecnologia para tanto. Ademais, fundamentou a Suprema Corte norte-americana o seu entendimento em razão da não utilização pelo fornecedor da rede P2P Grokster de filtros em sua plataforma, visando coibir as utilizações ilícitas, como também através da sua plataforma digital obtinha lucro através da abertura de espaço para publicidade que alugava a terceiros. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v.Grokster, Ltd.** Caso n.º 04-480, 545 U.S. 913 (2005), 380 F.3d 1154. Arguição em 29.03.2005. Julgamento aos 27.06.2005. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/04-480.pdf>.

¹²⁹⁹ Na verdade, com receio da disciplina especial sobre a matéria, ou seja, em face da discussão em sede das alterações propostas na legislação autoral brasileira, entendeu por bem o Relator do Projeto de Lei do Marco Civil da internet brasileira, remeter à esta lei especial a disciplina sobre a sua própria responsabilidade. Afirmou, o Relator do Projeto de Lei do Marco Civil que «Desde o início da tramitação do projeto na Câmara, ficou claro que os direitos autorais ficariam de fora do Marco Civil da Internet, já que a reforma da lei de direitos autorais está em fase final junto ao Governo e, portanto, não devemos atropelar o processo público de consultas ao longo dos últimos anos.» Cf. BRASIL. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro Molon. Disponível em

<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

¹³⁰⁰ Para o Relator do Projeto de Lei do Marco Civil na internet brasileira: «No entanto, ao não se tratar explicitamente de direitos autorais no projeto, cresceu a preocupação de alguns setores que alegaram que tal omissão levaria à exigência de ordem judicial para a retirada de qualquer conteúdo que violasse os direitos autorais – o que significaria um tratamento antecipado ao tema, antes da reforma da lei de direitos autorais.»

De sorte que, reiterando, a necessidade de tratamento especial sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços na internet em sede de proteção dos direitos de autor, estabeleceu-se nas disposições finais do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet, de modo a deixar claro que até a entrada em vigor da nova lei autoral brasileira, as regras previstas na atual legislação autoral continuam em vigor, nas hipóteses envolvendo a proteção do exclusivo autoral¹³⁰¹.

Note-se, portanto, no que concerne à ausência duma legislação especial, a exemplo da Diretiva Européia sobre o Comércio Eletrônico, que discipline o regime de reponsabilidade civil das diversas categorias de prestadores de serviços na internet, aplica-se no âmbito interno brasileiro o entendimento majoritário dos tribunais superiores brasileiros. Ou seja, a compreensão de que, o provedor de conteúdo responde pelos danos causados ao titular de direitos de autor, e a de que ao provedor de serviço é-lhe imputado a obrigação de fazer cessar o conteúdo danoso quando informado judicialmente, sendo responsabilizado pelo não cumprimento desta obrigação de fazer.

Anote-se, por fim que o princípio da neutralidade da rede consagrado no Projeto de Lei do Marco Civil da Internet no Brasil encontra-se em linha com os atos de compartilhamento realizados em sede de uso privado gratuito. Por isso é que entende a presente investigação que os atos de monitorização do tráfego, realizados sem prévia decisão judicial importam em frontal ilicitude, pondo em causa o referido princípio da neutralidade da rede¹³⁰².

Acrescentou, também este Relator que «(...) expressamente o dever de respeitar a liberdade de expressão e a Constituição Federal, bem como remetemos a aplicabilidade do dispositivo à Lei de Direitos Autorais, que está em fase de reforma na Casa Civil. Dessa forma, atende-se ao pedido do Ministério da Cultura de que o debate sobre direitos autorais na Internet seja feito no âmbito da discussão da Reforma da Lei de Direitos Autorais, que a Casa Civil da Presidência da República enviará ao Congresso, após longos e amplos debates públicos com a sociedade.» Cf. BRASIL. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro Molon. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

¹³⁰¹ Leia-se a previsão *in litteris*: « Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 20, a responsabilidade do provedor de aplicações de Internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral em vigor aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.» BRASIL. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro Molon. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

¹³⁰² Vd. A decisão do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia sobre o Acórdão do Tribunal de Justiça Espanhol entre os Produtores de Música de Espanha (Promusicae) v. Telefónica de Espanha, que compreendeu em sede da realização de atos de compartilhamento de arquivos, contendo obras protegidas por direitos de autor, através das redes P2P que: «o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas directivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das

Deste modo, é que as conclusões ora avançadas apontam especialmente para o razoável equilíbrio¹³⁰³, entre a tutela dos direitos de autor e os direitos fundamentais dos utilizadores dos serviços prestados em linha por esta qualidade de fornecedores de serviços na internet¹³⁰⁴. Por isso que se apresenta inequívoco mesmo no âmbito destas plataformas digitais P2P de compartilhamento de arquivos o respeito às garantias constitucionais¹³⁰⁵ que podem ser interpretadas também como limites ao direito de autor¹³⁰⁶.

medidas de transposição dessas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas directivas mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade.» Note-se que esta decisão a despeito de não imputar a obrigação de transmissão dos dados pessoais dos utilizadores das redes P2P de compartilhamento de arquivos em linha, entende que não se deve afastar a possibilidade dos Estados-membros de criarem normas especiais prevenindo a prática de ilícitos nestas redes e que apontem para um o necessário equilíbrio entre a tutela dos direitos de autor e a proteção das garantias fundamentais dos utilizadores destas redes digitais. Assim, concluiu o Tribunal que «Em face do exposto, há que responder à questão submetida que as Directivas 2000/31, 2001/29, 2004/48 e 2002/58 não impõem aos Estados-Membros que prevejam, numa situação como a do processo principal, a obrigação de transmitir dados pessoais para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor no âmbito de uma acção cível. Porém, o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas directivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das medidas de transposição das referidas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas directivas mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade.» EUROPA. Tribunal de Justiça Européia. Grande Seção. **Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAL**. Caso de n.º C-275/06, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=70281>>.

¹³⁰³ Na defesa do equilíbrio entre a tutela autoral e os direitos dos utilizadores vd. RIIS, Thomas e SCHOVSBO, Jens. **User's Rights: Reconstructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds** in *European Intellectual Property Review*, v. 29. n.º 1, p. 1 - 5, Jan/2007.

¹³⁰⁴ Vd. o que referiu o Tribunal de Justiça Europeu sobre o tema no Acórdão de 24 de novembro de 2011, do Processo C70/10, **Scarlet Extended SA / Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM I)**: «[...] As Diretivas [...] lidas conjuntamente e interpretadas à luz das exigências resultantes da protecção dos direitos fundamentais aplicáveis, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma medida inibitória que ordena a um FAI a instalação de um sistema de filtragem – de todas as comunicações eletrónicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software ‘peer-to-peer’; – que se aplica indistintamente a toda a sua clientela; – com carácter preventivo; – exclusivamente a expensas suas, e – sem limitação no tempo, capaz de identificar na rede desse fornecedor, a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objectivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor.» EUROPA. Tribunal de Justiça Européia. Terceira Seção. **Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) et al.** Caso n.º C70/10, de 24.11.2011. Disponível em

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=70281>>.

¹³⁰⁵ Mais recentemente a decisão do Tribunal de Justiça Europeu foi ainda mais firme ao destacar no Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Processo C-130/10, **Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM II) / Netlog NV** que: «[...] As Diretivas [...] lidas conjuntamente e interpretadas à luz dos requisitos decorrentes da protecção dos direitos fundamentais aplicáveis, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma medida inibitória pela qual um órgão jurisdicional nacional ordena a um prestador de serviços de armazenamento de dados a instalação de um sistema de filtragem – das informações armazenadas nos seus servidores pelos

Assim o respeito, em especial à liberdade de expressão é a pedra de toque de qualquer sistema de utilização livre e que também deve nortear as regras sobre a imputação de responsabilidade aos prestadores intermediários de serviços na internet, como o caso dos fornecedores das redes P2P.¹³⁰⁷

Outrossim, advirta-se que o tema discutido nesta seção deve vir acompanhado do enfrentamento de outro, que diz respeito sobre qual lei a aplicar-se às redes digitais. Refira-se, que o ambiente de colocação da obra à disposição do público faculta a utilização da obra em qualquer local do globo. Por isso, seriamente deve-se questionar sobre qual a base territorial legal a ser utilizada para resolver os problemas de conflitos de aplicação da norma, bem como, de prevenção do juízo.

utilizadores dos seus serviços; – que se aplica indistintamente a todos os seus utilizadores; – a título preventivo; – exclusivamente a expensas suas; e – sem limite temporal; capaz de identificar ficheiros eletrónicos que contenham obras musicais, cinematográficas ou audiovisuais sobre as quais o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de bloquear a disponibilização ao público das referidas obras em violação dos direitos de autor.» EUROPA. Tribunal de Justiça Européia. Grande Seção. **Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV**. Caso n.º C- 360/10, de 16.02.2012. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72668>>.

¹³⁰⁶ Todavia, ressalte-se que o entendimento ainda não é firme sobre a não imposição da obrigação de filtragem pelos prestadores intermediários de serviços em linha. A exemplo do que se pode verificar no Acórdão de 19 de abril de 2012, **Bonnier Audio AB et al. / Perfect Communication Sweden AB**, no qual se entendeu que: «A Diretiva 2006/24/CE [...] deve ser interpretada no sentido de que não se opõe à aplicação de uma legislação nacional, adotada com base no artigo 8.º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, que, para efeitos de identificação de um assinante ou utilizador de Internet, permite que se imponha a um fornecedor de acesso à Internet a obrigação de comunicar ao titular de um direito de autor, ou aos seus sucessores, a identidade do assinante a quem foi atribuído um endereço IP (protocolo Internet), a partir do qual a alegada violação do direito de autor foi praticada, uma vez que essa legislação não se insere no âmbito de aplicação *ratione materiae* da Diretiva 2006/24.» EUROPA. Tribunal de Justiça Européia. Terceira Seção. **Bonnier Audio AB, et al v. Perfect Communication Sweden AB**, Caso n.º C-461/10, de 19.04.2012. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72917>>.

¹³⁰⁷ Neste sentido apontou o Ministério Público na sua decisão em mandar arquivar a queixa promovida pela ACAPOR: «A tentativa de apurar a identificação dos utilizadores dos endereços de IP referida nas 1970 denúncias é, todavia, por si só impossível. Impossível em face do número de IP's e do que em termos de trabalho material e gastos tal pressupõe, mas também da séria improbabilidade de positividade de resultados pois que atenta a difusão do Wireless e a facilidade de acesso à internet, designadamente por recursos aos Cybercafés à identificação do equipamento terminal utilizado para efectuar determinada ligação à internet só de forma ínfima, nos poderia conduzir à identificação concreta do indivíduo que efectivamente utilizou o equipamento para partilha. Acresce que, do ponto de vista legal ainda que colocando-se neste tipo de redes a questão do utilizador agir simultaneamente no ambiente digital em sede de upload e download dos ficheiros a partilhar, entendemos como lícita a realização pelos participantes na rede P2P, de reprodução para uso privado – art. 75.º, n.º 2 e b), art. 81.º do CDADC,- ainda que se possa entender que efectuada a cópia o utilizador não cessa a sua participação na partilha.» PORTUGAL. Ministério Público. Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa. **Notificação de Arquivamento**. Inquérito n.º NUIPC 6135/11.7TDLNB, 23.07.2012. Diário Judicial de Lisboa. Disponível em <<http://static.publico.pt/docs/tecnologia/DespachoDIAP.pdf>>, consulta aos 11.02.2014.

Sem embargo, o acesso indistintamente franqueado a todos, possibilita a realização de atos de compartilhamento em quase toda a base territorial do globo, o que franquia o surgimento da polêmica sobre o modelo a ser adotado como um critério base, ou pelo menos de recomendação geral.

Desta sorte, vem-se destacando como um modo simples para a resolução dos problemas que dizem respeito à base territorial de aplicação da norma dois modelos jurídicos. O primeiro, salienta a escolha da lei de acordo com o local no país no qual a obra foi armazenada num servidor e introduzida na rede. Ou seja, será aplicada lei do local onde o ato de *upload* ocorreu. Já o segundo reside na escolha da lei do local onde se deu o armazenamento da obra na memória dum computador local, através da sua transferência a partir dum servidor. Portanto, neste modelo aplicar-se-á a lei do local onde o ato de *download* ocorreu.

Oportuno, faz-se registrar que majoritariamente vem-se adotando o modelo que concerne ao local da recepção, pois facilita a reparação dos danos sofridos localmente¹³⁰⁸. Entretanto, é razoável sustentar a iniciativa de adoção dum tratado multilateral a ser celebrado no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, com competência para instituir as normas fundamentais concernentes aos conflitos que envolvem o direito intelectual.

Todavia, enquanto não se alcance este plano é possível ir laborando para um esforço de harmonização do sistema através da previsão de mínimos legais, com o fim de incorporar um número cada vez maior de adeptos, alcançando-se a tão desejada aproximação das legislações nacionais sobre a matéria no âmbito internacional.

¹³⁰⁸ Ressalte-se, inclusive que esta vem sendo a posição defendida pelo direito internacional privado, na medida em que apresenta de modo geral respostas para as preocupações dos Estados, no que se refere à manutenção da soberania nacional.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Ao chegar ao término destas páginas, e com a intenção de estabelecer algumas considerações conclusivas, convém desde logo esclarecer que a tutela autoral garantida por força de lei ao bem intelectual aproveita a todos, mesmo que apenas alguns retirem proveito deste bem protegido. Assim, o valor da informação contextualizada não retira a qualidade da tutela atribuída ao bem intelectual, ou seja não modifica os critérios utilizados pela lei para a atribuição da proteção.

Observe-se que nesta investigação a internet fora entendida como uma tecnologia de comunicação de âmbito mundial, caracterizada especialmente pelos atos de digitalização e eliminação das distâncias. Todavia, não se restringiu o estudo da mesma ao domínio tecnológico, muito pelo contrário assinalou-se que a revolução também operou-se nas relações pessoais, nas operações econômicas e na órbita jurídica.

Enfim, compreendeu-se que a nova realidade tecnológica modificou os paradigmas, alterando as implicações nos interesses públicos e privados pela imensa dispersão e transposição territorial. Destacou-se as características do espaço virtual, identificando-as com a falta de territorialidade, a incidência de anonimato virtual, a natureza descentralizada da rede, o grande número de utilizadores, a rapidez do desenvolvimento tecnológico e a possibilidade de controle e segurança do bem jurídico autoral mediante o uso de mecanismos tecnológicos.

Apontou-se, outrossim, que esta revolução imprimida pelas novas tecnologias de informação e comunicação, desenvolveu a noção de degradação do saber como mercadoria, transformando o conhecimento em bem apropriável e por isso objeto de exclusivos mais fortes. Fortalecendo-se, assim, a concepção empresarial do direito de autor, que pouco estimula a criação, mas fomenta a comercialização em virtude da excessiva tutela às faculdades patrimoniais do exclusivo.

Por isso, a tutela da expressão criativa autoral deve fulcrar-se na a emancipação humana e na liberdade de acesso à informação que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet. Mas, demonstrou-se ser curioso revelar que a internet ao mesmo tempo que facilitou o livre fluxo da informação a custos baixos e em grande velocidade, tendo como paradigma o livre acesso à informação, não se preocupou em informar os seus utilizadores sobre a proteção autoral da informação veiculada na rede.

Assim, constatou-se a necessidade de adaptação do direito de autor a esta nova realidade social que ao mesmo tempo é global e virtual; e, que obriga à uma análise bifronte, modificando os dois paradigmas contraditórios – liberdade e proteção – para um campo de complementaridade.

Restou demonstrado, neste sentido que toda a discussão em torno dos conflitos entre o direito de liberdade de acesso à informação e os limites dos direitos de autor na sociedade da informação, passam pelo direito à educação e à cultura. Pois, em última instância, a proteção de tais direitos é de interesse da humanidade e o advento da sociedade da informação deixa bem claro a necessidade de aprofundar os estudos nestes direitos, com o fim de aproveitar-se ao máximo o desenvolvimento tecnológico e conferir acesso à cultura e à educação às pessoas.

Pondere-se que neste ambiente de múltiplas e rápidas transformações e interações a discussão apresenta-se, também, sobre uma nova economia, sustentada na participação do consumidor em todo o processo de produção e de atribuição de valor ao bem intelectual.

Lembre-se que esta nova realidade intensifica o conflito de interesses entre o público e o privado, entre a liberdade e o exclusivo; melhor entre o direito de acesso do utilizador do bem intelectual ao seu conteúdo que transmite informação, cultura e educação com a garantia do criador de um bem intelectual em particular poder explorar economicamente a sua criação intelectual, podendo dela retirar à sua justa remuneração.

Entretanto, com o ato de alienação praticado pelo autor esgota-se o seu exclusivo de exploração econômica sobre o bem intelectual; por isso a lei de natureza intelectual não pode continuar a estender o exclusivo do autor, apenas em virtude da escolha do meio digital que o terceiro optou para circular o seu bem móvel.

Registre-se que o interesse protegido pelo direito de autor assume uma natureza múltipla, na medida em que o objetivo é tutelar diversos direitos subjetivos de raízes distintas, sejam elas pessoais, patrimoniais ou remuneratórias.

Neste sentido a valoração da liberdade deve ser entendida segundo as capacidades do indivíduo; ou seja, de acordo com a medida do bem pessoal, melhor referindo na medida da capacidade dum indivíduo para construir ou transformar bens, desde que tais atos importem num fundamento que justifique a valoração dum determinado bem.

De mais a mais, o espaço para uso privado não se dirige à satisfação dum único interesse individual; mas sim à diversos interesses individuais, na medida em que estes interesses caracterizam-se por serem tanto de natureza diversa como também titulados por diversos indivíduos. Note-se, ainda que a titularidade destes interesses individuais de natureza diversa, não implica necessariamente na uniformidade de propósitos; muito pelo contrário estes são diversos e algumas vezes contrários.

Contudo, observe-se que a relação destes interesses diversos no espaço para uso privado, fundamenta-se na interação entre direitos fundamentais que coexistem num mesmo espaço. Assim, vislumbrando-se materialmente os direitos fundamentais, clarifique-se que os mesmos destinam-se a criar e a manter os pressupostos da liberdade e dignidade humana. Já formalmente os direitos fundamentais compreendem-se como todos aqueles que assim foram positivados pela norma.

Portanto, assinale-se que a existência do espaço para uso privado não se pressupõe como uma mera restrição de natureza de direito econômico, social e cultural; mas sim, como uma restrição agressiva, com característica de direito fundamental, representando por isso uma restrição imposta por direitos, liberdades e garantias.

Assim é que o espaço para uso privado, pode ser entendido como o meio adequado para garantir este uso privado, apresentando-se este como o menos gravoso para o exercício do exclusivo de exploração econômica do autor, revestindo-se, ainda, esta medida de limitação naquela que melhor e adequadamente determina a tutela dum valor importante não só para o indivíduo, como utilizador da obra intelectual, como também para toda a coletividade, já que garante a todos o direito de acesso à informação, cultural, educacional e científica.

Observe-se, todavia, que este espaço para reprodução fundamentado, assim na inevitabilidade de alteração dos atuais desenvolvimentos tecnológicos e comportamentais, deve estear-se na interação com o exclusivo de exploração econômica do autor. Sem embargo, partiu esta investigação do entendimento de que a centralidade da proteção autoral deve recair sobre o interesse público em geral; isto é no respeito dos anseios da sociedade, que busca incansavelmente por informação, cultura e conhecimento científico.

Ademais, nesta investigação ficou claro que a noção de reprodução apresenta dois sentidos um estrito que exclui o elemento fixação; e outro alargado, cuja expansão ocorreu em virtude

do desenvolvimento tecnológico, alcançando atos de reprodução realizados no ambiente digital.

De qualquer sorte a fixação diferencia-se da reprodução pois corresponde à materialização da obra num suporte, independentemente desta ocorrer no ambiente digital ou analógico. Portanto, também a noção de suporte precisa ser alargada para conceber realidades outras físicas no ambiente digital.

Sem embargo, a noção de fixação que como visto compreende o ato de incorporação, materialização da criação de espírito do autor num corpo mecânico, põe-se ao lado hoje, em meio à revolução dos mecanismos de comunicação, de difusão da informação, dos atos de digitalização, de desmaterialização, que permitem o armazenamento da obra intelectual num suporte digital, que pode ser permanente ou temporário.

Todavia, mesmo em face deste alargamento da própria noção de reprodução, compreendem-se excluídos do conteúdo deste direito, os atos de reprodução temporários e aqueles meramente técnicos, necessários para a realização do ato de reprodução. O que é bastante comum no ambiente digital, por força da fixação exigir parâmetros diferenciados da fixação que ocorre em ambiente analógico, que liga a expressão criativa ao corpo mecânico.

A obra protegida como objeto de reprodução realizada no exercício da garantia da cópia privada, permanece tutelada. Este é o regime da cópia no sistema continental, ao qual Brasil e Portugal aderem, sem restar dúvidas de ordem material. Por isso as exceções ou limitações ao direito de autor encontram-se elencadas exaustivamente numa lista estabelecida na lei; contrariamente ao sistema do *fair use*, que disciplina cláusulas gerais de exceções verificáveis segundo os usos especiais que se apresentam em controvérsia.

Registre-se que o regime da cópia privada integra atos de reprodução no âmbito analógico e também no digital. No caso português o legislador autoral distinguiu o regime da reprografia dos demais, incluindo nestes a cópia digital, conforme a previsão da alínea a), do n.º 2, do art. 75.º. Todavia, ao regime da reprografia também se insere a cópia privada, pois o uso privado é o divisor de águas, pouco importando se quem realiza o ato seja pessoa natural ou jurídica.

Especificando-se a cópia privada foi estudado que esta corresponde à uma repetição exata do original, mesmo quando compactada, portanto independentemente desta espelhar ou não a totalidade da obra e da quantidade de exemplares obtidos.

Procurou-se neste estudo, desde logo identificar que o destino da cópia será o uso privado, pouco importando o local onde esta é realizada; assim, o importante é identificar os destinatários do uso. De sorte que para os fins a que se propôs este estudo, definir o âmbito de atuação do uso privado, por forma a delimitar o campo de licitude do espaço para o uso privado, não deve apontar para uma lógica fisicamente espacial; mas, sim para uma lógica das finalidades do uso pretendidas pelo sujeito que faz uso da cópia.

No que diz respeito à finalidade gratuita da reprodução, esclareceu-se de modo geral que os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais pretenderam reservar na esfera da gratuidade o ato de reprodução para o uso privado; por isso, não tolera que sobre este ato seja possível retirar vantagens econômicas quer de forma direta ou indireta. Assim é que se destinando o ato de reprodução para fins econômicos ou comerciais, mesmo que fulcrado no uso privado, estará este ato no campo da ilicitude.

Todavia, em virtude da lei não ser clara quanto ao que se entende por finalidade econômica ou comercial, entende-se que a evidência de obtenção de lucro no ato de reprodução para uso privado expõe o ato de reprodução à esfera da ilicitude.

Verificou-se, ainda o problema da fonte da reprodução, ou seja do original ou do exemplar copiado, sustentando-se a não obrigatoriedade de se atribuir ao copista a responsabilidade pela identificação da fonte ilícita, pois o seu ato de reprodução destina-se ao uso privado, encontrando-se assim no domínio da licitude.

Identificou-se que o dever de controlar a licitude dos atos de comunicação da obra protegida pelo direito de autor, não se compreende uma tarefa que deva ser levada a cabo por um único utilizador que deseja proceder à um ato de reprodução para uso privado, que se recorde, trata-se de ato lícito, posto que insito nos limites do direito de autor. Por isso, apresentou-se inócua a discussão sobre a licitude da fonte reproduzida para efeitos de delimitação da noção de reprodução para uso privado. Ressalte-se que o limite imposto ao exercício do exclusivo autoral de exploração econômica, implica na licitude do ato de reprodução para uso privado.

Quanto à coincidência ou não do sujeito que realiza materialmente o ato de reprodução com o beneficiário da cópia, foi demonstrado que a mesma não é importante para a discussão sobre o autor material do ato de reprodução, pois se destinando o resultado deste ato aos fins estabelecidos pela lei; ou seja, se a finalidade da cópia sustentar-se num uso privado, a

discussão sobre a autoria do ato é ilógica, posto que a finalidade privada do uso, encerra a problemática da ilegalidade do ato de reprodução.

Quanto ao número de cópias analisou-se que não se apresenta da melhor técnica jurídica limitar-se o número de utilizações fulcradas neste regime de uso privado; posto que o mesmo fora criado, no sentido de por fim ao desequilíbrio criado pela lei, quando esta disciplina o exclusivo econômico em favor do criador intelectual.

Quanto à afetação da exploração normal da obra e o prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu titular neste sentido concluiu-se que a análise dum ato singular de reprodução para uso privado, não se compreende como um parâmetro razoável para verificar se este ato importou na afetação da exploração normal da obra e no prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra. Por isso, defender posição diversa, é o mesmo que entender que todo e qualquer ato de reprodução para uso privado afeta a exploração normal da obra e causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos de autor sobre a obra, o que não se apresenta razoável.

Sobre a compensação econômica pela cópia privada entendeu-se que a mesma corresponde a um instrumento equitativo de conformação dos interesses com conteúdos e titulares diversos e que esta compensação pretende remunerar o autor pelo prejuízo sofrido com a cópia para uso privado.

Mas, em virtude da impossibilidade do controle efetivo sobre o número de cópias, dentro dos limites da lei, que faculte o cálculo do prejuízo sofrido pelo autor, entendeu esta investigação que a remuneração configura-se não como uma compensação pela cópia privada efetiva, mas sim pela mera possibilidade de realizarem-se cópias. Impondo-se à universalidade de sujeitos que adquiram mecanismos que facultem tais atos de reprodução o dever de remunerar.

Observou-se, ainda esta pesquisa que não se pode conceber um regime de cópia privada construído sobre a égide de requisitos quantitativos; posto que, a natureza deste regime impõe uma preocupação com a qualidade do uso a que se destina a cópia. Assim, identificando-se a natureza privada do uso e que este se encontra expresso nas situações de exceção prevista na norma, ao menos no sistema jurídico continental, não há como negar a incidência duma justificativa ou objetivo singular para a manutenção do limite, privilegiando-se o equilíbrio razoável de interesses que convivem num mesmo espaço.

Frise-se que ao titular do direito não é atribuído um poder discricionário concernente ao exercício de determinadas utilizações livre; pois que, ao introduzir determinadas limitações legais, o legislador estabeleceu o âmbito do direito de autor. Chega-se, assim ao entendimento de que a cópia privada corresponde a um limite.

Pondere-se, que se o autor extrapola o objeto fundamental da proteção legal, que se consubstancia na garantia das vantagens patrimoniais resultantes da exploração econômica da obra, como por exemplo se este intenta obter uma vantagem patrimonial que escapa a normal exploração econômica da obra, atingindo assim um interesse público geral, não se compreende mais a garantia do exclusivo legal.

Assim, é plenamente compreensível a utilização da função social ou econômica do exclusivo autorial como um limite externo, com o fim de sanar os prejuízos causados pelo exercício do direito que manifestamente excedeu os seus limites; configurando-se esta conduta num abuso de direito.

Quanto à violação do exercício da cópia privada, positivamente concluiu-se pela violação nas hipóteses de controle efetivo dos atos de utilização passiva das obras. Efetivamente, quando o controle é realizado por meio da adoção de medidas tecnológicas de proteção que violam o limite da cópia privada.

Assinalou-se, ainda que se o ato de reprodução encontra-se no exercício do limite da cópia privada não há que se falar em violação ao direito de autor, pois dentro do campo da licitude está o ato. Trata-se, na verdade, dum ato de reprodução concretizado nos limites ao direito de autor previstos em lei. Entendendo-se, assim que a cópia fundada no uso privado configura-se no reconhecimento dum limite ao exclusivo autorial, a favor do utilizador. De sorte que não revela destaque assumir a cópia privada como uma mera reunião de utilizações legítimas. E que pouco importa se a cópia privada é realizada no domínio das redes P2P, o limite intrínseco é o mesmo.

Registre-se, em conclusão que na hipótese do ato de *upload* ser realizado simultaneamente a um *download*, melhor quando para a realização do *download*, no exercício da garantia para a cópia privada, obrigatório tecnologicamente apresenta-se a realização do *upload*, não há que se falar em ilicitude. Para que o ato do utilizador não reste no campo da ilicitude, faz-se necessário que este cesse no seu computador o ato de *upload* assim que findo o *download*. Mais, se o programa de partilha de arquivos não permitisse essa opção para

encerrar o ato de *upload*, não se cogita de ilicitude do ato, pois que haveria óbice à liberdade de copiar a obra.

Ademais, verificou-se que as leis de resposta gradual à semelhança da Lei HADOPI representam uma total afronta aos limites do exercício da garantia da cópia privada e mais uma completa restrição ao exercício de direitos fundamentais do homem, como a liberdade de expressão e de informação a inviolabilidade de dados.

Em linhas gerais defendeu esta investigação a manutenção do limite imperativo da cópia privada, mesmo em sede de controle dos atos de compartilhamento, que frequentemente violam este imperativo, pois o exercem quando o exclusivo autoral já se encontra esgotado, ou mais quando o exclusivo encontra-se restringindo ou impedido.

Ressalte-se, em conclusão que o exercício deste limite imperativo não corresponde ao único fundamento da cópia privada, outros se apresentam, como por exemplo, a difusão da cultura e como determinante instrumento fundamental o equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e o utilizador.

Mister ressaltar, no que concerne à atribuição de responsabilidade sobre a execução dos atos de *download* e *upload* nas plataformas digitais P2P que se concluiu pela não razoabilidade da medida que impõe aos prestadores intermediários de serviços em linha um dever geral de vigilância.

No que toca em particular ao caso da legislação autoral brasileira cabe por razões óbvias algumas considerações finais próprias, especiais para a realidade atual do Brasil em matéria de tutela dos direitos de autor.

Assim, pondere-se que a sociedade contemporânea vive hoje, uma revolução tecnológica. Com o advento da internet, abriram-se as portas para o conhecimento: milhões de arquivos estão disponíveis na rede, alimentando a sociedade com cultura, educação e conhecimento, tornando o mundo ainda mais globalizado, rompendo barreiras e encurtando distâncias.

A atual legislação brasileira veda a cópia integral de obra protegida, nos termos do inciso II, art. 46 da lei autoral. Portanto, se um indivíduo adquire legitimamente um livro, um CD, ou outro bem protegido por direito de autor, nos termos destritos da lei, ele não pode copiar, na íntegra o conteúdo deste. Embora para o leigo possa parecer razoável, a lei veda tal prática, já que é necessário o consentimento do autor na reprodução integral de obra protegida.

O texto constitucional brasileiro prevê no art. 5º, inciso XIV, o direito de acesso à informação, no art. 205, estabelece o acesso à educação e no art. 215, o direito de acesso à cultura. No entanto, a vigente legislação infraconstitucional relativa à matéria autoral, a Lei 9.610/98, Lei do Direito Autoral, tende a impossibilitar o exercício desses direitos, no que tange à vedação da cópia privada integral.

O direito de autor deve ter a sua interpretação como meio para se efetivar o acesso à informação, à cultura e à educação, pois não é absoluto, em razão de ter fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade.

Assim como o mundo, a legislação brasileira precisa flexibilizar-se diante de novas situações, com o fim de garantir o bem estar social e contribuir para o avanço do conhecimento.

Defende-se, pois, a reforma na legislação brasileira vigente, para que a cópia privada integral não seja considerada um ato ilícito, pois, se presencia um momento em que a cultura e a informação são consideradas de fundamental importância para o progresso social.

Por outro lado, deve ser garantida a justa remuneração ao autor da obra reproduzida, objetivando o incentivo à criação intelectual, pois, o resultado deve estar pautado na proporcionalidade entre os interesses públicos e privados.

Portanto, faz-se necessário, a criação de novas formas de exploração dos direitos patrimoniais dos autores de forma que a remuneração seja condizente com a realidade econômico-social do país, já que o atual sistema está defasado, não supre os interesses dos envolvidos.

Destarte, como meio de garantir a remuneração do criador de obra intelectual e amenizar os problemas da cópia privada, sugere-se a adoção do sistema de compensação equitativa, já utilizado na União Européia

Considerando que grande parte da população brasileira vive em condições precárias e não possui condição financeira para acesso às obras intelectuais, a vedação à cópia privada é, no mínimo, uma afronta ao desenvolvimento cultural dessas pessoas.

A internet, hoje, é o local com maior quantidade de informações disponíveis para acesso, e isso pode ser explorado positivamente, e não com o rigor das excessivas proteções que atualmente assolam nosso ordenamento jurídico.

O direito de autor não pode configurar-se num obstáculo ao desenvolvimento cultural e social, nem servir como desestímulo aos criadores; deve a proporcionalidade imprimir as ações quer no exercício do exclusivo, quer no exercício da garantia da cópia privada.

Destarte, entende-se que as novas tecnologias devem ser utilizadas em benefício de todos, sendo necessária uma reforma na legislação autoral brasileira. Por outro lado, devem ser criados, mecanismos que garantam a justa remuneração do autor, a exemplo da compensação equitativa, para que se restabeleça o equilíbrio entre os interesses individuais dos autores e os interesses da coletividade, pois o que a sociedade precisa é de uma legislação que esteja em conformidade com os novos meios tecnológicos, isto é, deve a lei adaptar-se à nova sociedade da informação e ao fenômeno da cybercultura.

BIBLIOGRAFIA

- OBRAS CITADAS -

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

AKERLOF, George A. **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, n.º 3. (Aug., 1970).

AKESTER, Patrícia. **O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital**. Principia: Cascais, 2004.

AKESTER, Patrícia e LIMA, Francisco. **Copyright and P2P: Law Economics and Patterns of Evolution**. in European Intellectual Property Review, v. 28. n.º 11, p. 76 - 79, Nov./2006.

ALECRIM, Emerson. **Memórias RAM e ROM**. in Info Western. Publicado em 08.07.2009, Atualizado em 18.08.2011. Disponível em <<http://www.infowester.com/memoria.php>>, consulta aos 06.01.2013.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Theory der Grundrechte.) 5.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. trad. Gecélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA FILHO, José. Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização judicial**. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito subjetivo, pretensão e ação**. in Revista de Processo, São Paulo, (47): 109-23, jul-set. 1987.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1. parte geral. 10.ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMOR, Daniel. **A (r)evolução do e-business**. São Paulo: Makron Books, 2000.

ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação**. Lisboa: Almedina, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENDET, Hannah. **A Condição Humana**. Trd. Roberto Raposo. 10.^a ed., 6.^a reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTI, Rafael Sánchez. **La Copia Privada Digital**. in Revista de propiedad intelectual, n° 14, 2003, p. 9-40, Madri: Bercal.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: Reexame sistemático das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARROW, Kenneth J. **Limited Knowledge and Economic Analysis**. in American Economic Review, March 1974.

_____. **Potentialités et limites du marché dans l'allocation des ressources**, trad. française dans J.K. Arrow. in Théorie de l'information et des organisations, p. 62-80 Paris: Dunod, 1985.

_____. **De la rationalité de soi et des autres dans un système économique**. in Théorie de l'Information et des organisations, et des organisations. ed. Thierry Granger, Dunod, Paris, 2000.

_____. **L'économie de l'information: un exposé**. in Théorie de l'Information et des organisations, ed. Thierry Granger, Dunod, Paris, 2000.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**. Barcelona: Bosch, 1970.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direitos Reais**. Coimbra: Almedina, 1978.

_____. **A "Compensação" em Contrapartida de Utilizações Reprográficas Indiscriminadas de Obras Protegidas**. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 211-238, v. 31 (1990).

_____. **A protecção jurídica dos programas de computador**. Revista da Ordem dos Advogados, ano 50, vol. 01, Abr./1990.

_____. **Direito de Distribuição e Esgotamento**. in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, III, p. 625-639, Lisboa, Dezembro de 1991.

_____. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. **Direito Penal de Autor**. Lisboa: Lex, 1993.

_____. **Direito autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direitos de Autor e Conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público**. in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, A.58, n.3 (Dez.1998), p.1063-1079.

_____. **A Proposta de Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação**. PARECER. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 1998. Disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/SOCIAPDI.pdf>>, consulta em 06.01.2014.

_____. **A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos Tratados da OMPI**. in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 42, Set/Out 1999, p. 13-29.

_____. **Direito de Autor e Informática Jurídica**. in Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público**. in Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, p. 105-120. Coimbra: Almedina, 2001

- _____. **Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **A Transposição da Directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação.** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p.915-933, vol. XLIII, n.º 2, 2002.
- _____. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- _____. **Direito de autor no ciberespaço.** in ASCENSÃO, José Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- _____. **Bases para uma transposição da directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico).** Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.XLIV, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003.
- _____. **O “fair use” no direito autoral.** APDI, Direito da Sociedade da Informação, vol. IV, Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- _____. **O “fair use” no direito autoral.** in Direito da Sociedade da Informação, v. IV, p. 89-95. Coimbra: Coimbra Ed, 2003.
- _____. **Introdução à Perspectiva Jurídica. O Comércio Electrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio.** ANACOM Autoridade Nacional de Comunicações, p.104-141, Lisboa, 2004.
- _____. **Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias.** Revista de Direito Autoral, São Paulo, ano 1, número 1, p.3-33, ago. 2004.
- _____. **Os Actos de Reprodução em Ambiente Digital.** As transmissões digitais. APDI, Direito da Sociedade da Informação, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. **Propriedade Intelectual e Internet.** in Direito da Sociedade da Informação, vol. VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Também disponível em <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira1.pdf>>, acesso 17.10.2012.
- _____. **A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais.** in Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes, p. 85 a 111. Curitiba: Editora Juruá, 2007
- _____. **As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital.** in Seminário Internacional sobre Direito Autoral Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2008. Fórum Nacional de Direito Autoral. Ministério da Cultura. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.cultura.gov.br%2Fsite%2Fwpcontent%2Fuploads%2F2009%2F02%2Ftexto_mesa11_ascensao.pdf&ei=vZsKU4TNDs--sQS26YGQBg&usg=AFQjCNGSJGbkQEOOn8ozwJfrGQ5r6x_yiw&bvm=bv.61725948,d.cWc>, acesso em 29.12.2013.
- _____. **Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos.** reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____. **Direito de Autor sem autor e sem obra,** in Direito da Sociedade da Informação, vol. VII, APDI/Coimbra Editora, p. 27-49, 2008.
- _____. **Telecomunicações e Direito Intelectual.** in Conferência de encerramento do 3º Congresso de Direito de Informática e Telecomunicação. Instituto Brasileiro de Direito da Informática. Recife, 21.11.2008.
- _____. **A Questão do Domínio Público.** in CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord), Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem à Prof.ª Dr.ª Maristela Basso. 384p., v.2, 2008.
- _____. **Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens.** in Direito da Sociedade da Informação, vol. VIII, APDI/Coimbra Editora, 2009.

ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. **Derecho Privado de Internet**. 3.^a ed. Madri: Civitas, Thomson Company, 2002.

ASSIS, Diego. **Quanto vale o Cristo?** Folha de S.Paulo, 19 set. 2004. Caderno Ilustrado.

AUSSY, Charles. **Du droit moral de l'auteur sur les oeuvres de littérature et d'art**. Auxerre: J. Pigelet, 1911, VII, 164 - Thèse pour le doctorat, l'acte public sur les matières ci-après.

AVANCINI, Helenara Braga. **O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais**. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e Informática*. SP: Manole, 2003, p. 355-381.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BAKER, Edwin. **First Amendment Limits on Copyright**. In: *Vanderbilt Law Review*, April, 2002.

BALKIN, Jack M. **Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society**. *New York University Law Review*, v. 79, pp. 1-58, n.º 1, Abr./2004.

BARBOSA, Dênis Borges. **Restrições ao uso do corpus mechanicum de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral**. Publicado em 1999 com atualizações. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricoes_uso_corpus_mechanicum.pdf>, acesso aos 26.09.2012.

_____. **Propriedade intelectual. Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PG/CES/02-00-DBB)**. 29 de agosto de 2000, in BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão. Estudos de Direito*. 2005. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>, acesso em 20.10.2012.

_____. **Counting Ten for TRIPs: Author Rights and Access to Information - A Cockroach's View of Encroachment**. In *Social Science Research Netqorom (SSRN)*, 4 Novembro. 2005. Disponível em : <<http://ssrn.com/abstract=842564> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.842564>>, consultado aos 29.10.2012.

_____. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional.** in: Luis Roberto Barroso (Org.), A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Constitucionalização do Direito e o Direito Civil.** in TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. Saraiva, 2009.

_____. **Prefácio.** IN SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos vs interesses privados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Novos paradigmas da Interpretação constitucional. Leituras complementares de direito constitucional.** Ed. JusPodivm, Salvador, 2009.

BARRY, Mark. **Cryptography in Home Entertainment.** A look at content scrambling in DVDs. Jun/2004, Disponível em <<http://www.math.ucsd.edu/~crypto/Projects/MarkBarry/index.htm>>, acesso aos 20.03.2013.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Propriedade Intelectual na Era pós-OMC.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BATALLA, Enrique. **Spain P2P and Criminal Law.** Computer Law Review International, n.º 1, p. 29- 30. 15.02.2004.

BAUNER, Ulrich; RENDELL, Simon; PUHLER, Alexander. **Napster, Gnutelle, Kazaa and Beyond. Can the Music Industry Win The Battle Against File-Sharing Networks?** in Computer Law Review International, n.º 5, p. 129-137. 15.08.2004.

BAYLOS, Hermenegildo Corroza. **Tratado de derecho industrial.** Madrid: Ed.Civitas, 1978.

BECKER, Jürgen. **Sistemas de remuneração da cópia privada sonora e audiovisual na Comunidade Européia.** in Comisión Jurídica y de Legislación, Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, Sevilla, 1997.

BEIER, Friedrich-Karl. **The principle of exhaustion in national patent and copyright law of some european countries.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v.32, 1991, p. 71-90.

BENABOU, Valérie-Laure. **Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée, A propos de la vénéneuse décision de la Cour de Cassation dans l'affaire «Mulholland Drive».** Juriscom.net, 20 de abril de 2006, Disponível em <<http://juriscom.net/documents/da20060420.pdf>>, acesso aos 21.03.2013.

BENAULOUCHE, Samu. **Do Napster aos dias atuais, ou da impunidade à prisão.** Revista Universitas Jus, vol 17 jul/dez. 2008.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação para a Democracia.** Conferência proferida no âmbito do concurso para Professor Titular em Sociologia da Educação na FEUSP, 1996.

Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-1/educacao-para-a-democracia-1/apresentacao/textos-1/Educacao%20para%20a%20Democracia%20-%20Maria%20Victoria%20Benevides.pdf>>, acesso aos 15.09.2012.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. Trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p.4-28. São Paulo: Abril Cultura, 1980.

BENKLER, Yochai. **From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access**. Federal Communication Law Journal, p. 561-579, vol. 52, n.º 3, Maio/2000, p. 579.

_____. **The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

_____. **The New Open Source Economics**. in TED, Ideas worth spreading. Palestra proferida em Oxford, a Julho de 2005, Disponível em <http://www.ted.com/index.php/talks/yochai_benkler_on_the_new_open_source_economics.html>, consultada a 16.09.2009.

BERCOVITZ, Alberto. **Limites al Derecho de Autor**. in A.A.V.V. Protección y Limites del Derecho del Autor de los Criadores Visuales: seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga, Madri: Trama, 2006.

BERTRAND, André. **Las autopistas de la información y el derecho**. Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, junho de 1995.

BESSA, Tiago. **Direito contratual de autor e licenças voluntárias de exploração da obra**. in Revista da Ordem dos Advogados. p. 1129-1246, Ano 72, vol. IV, Out/Dez., 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos estados Unidos do Brasil, comentado**. vol I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916

BEWES, Timothy. **Reification, or The Anxiety of Late Capitalism**. Londres: Verso, 2002.

BIAR, Emmanuel. **A responsabilidade civil e a internet: uma abordagem expositiva sobre a posição da jurisprudência pátria e breves considerações sobre o direito comparado**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/40/37>. Acesso em 19/10/2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reprografia e Direito de Autor: Estado atual da questão**. in Revista Informação Legislativa, ano 20, n.º 80, out./dez., p. 358-368, 1983, Brasília. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181999/000866201.pdf?sequence=1>>, acesso aos 20.12.2013.

_____. **Direito de Autor e Interesse Público nos Países em Desenvolvimento**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, USP, v. LXXX, p. 125-126, jan/dez. 1985.

_____. **Direito de autor**. 4.^a ed., São Paulo: Forense Universitária, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BLAKENEY, Louise e BLAKENEY, Michael. **Counterfeiting and Piracy - Removing the Incentives through Confiscation**. in *European Intellectual Property Review*, v. 30. n.º 9, p. 348 - 356, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Unb, 1996.

_____. **Thomas Hobbes**. 4ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. **A era dos direitos**. 9. ed. (Trad.) Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLAÑO, César. **La genesis de la esfera publica global**. Nueva Sociedad n.º 147, Caracas, 1997.

BONADIO, Enrico, **File Sharing, Copyright and Freedom of Speech**. in *European Intellectual Property Review*, Sweet & Maxwell, vol. 33, n.º 11, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

BOTANA AGRA, Manuel José. **Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual**. ADI 12 (1987-1988).

BOWMAN, Cliff. **Value in the resource-based view of the firm: a contribution to the debate**. *The Academy of Management Review*, v. 26. n. 4. p. 501-502, Oct., 2001.

BRADY, Will, ELKNER, Jeffrey. **Introduction to Information and Communication Technology**. Disponível em <<http://openbookproject.net/courses/intro2ict/index.html#>>, acesso aos 07.10.2012.

BRANCO, José. **Comentário das Leis Penais Extravagantes**. In Anotação ao artigo 195.º do CDADC, AA.VV., v. 2. Org. José Branco e Paulo Pinto de Albuquerque. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. in: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, BRANCO Paulo Gustavo Gonet Branco. (org.) *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. **O domínio público no direito autoral brasileiro. Uma obra em domínio público**. Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2011.

BROGAN, Denis T. **"Fair Use No Longer: How the Digital Millennium Copyright Act Bars Fair Use of Digitally Stored Copyrighted Works"**. in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, v. 16, n.º 3, art. 11, 2002, Disponível em <<http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol16/iss3/11>>, acesso aos 25.03.2013.

BRUBAKER, Rogers. **Ethnicity without Groups**. in ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth S. & ORLOFF, Ann Shola (eds.), *Remaking Modernist, Politics, History, and Sociology*. Durham, North Carolina, Duke University Press, 2005.

BUENO, Wilson da Costa. **A armadilhado Copyright e a “República dos Doutores”**. in MELO, José Marque de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.) *Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. 3.^a ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 1999.

CAMILA, Rocha. **Mega estreia com show e problemas técnicos**. Link. Estadão.com.br. 21 de janeiro de 2013, disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/mega-estreia-com-show-e-problemas-tecnicos/>>, consulta aos 11.02.2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e, MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3.^a ed., Coimbra: Coimbra ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3.^a ed., reimp., Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.

CAPELLARI, Eduardo. **Tecnologias de informação e possibilidade do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania**. In: ROVER, Aires José. (Org.). *Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital*. Ob. cit., p.35-45, nota 2.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Os desafios do direito de autor na tecnologia digital e a busca do equilíbrio entre interesses individuais e sociais**. Revista Juris, Faculdade de Direito da FAAP, São Paulo, 2009, ano 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. I. Campinas: Classic Book, 2000.

CARO, Emilio de Palacios. **La negociación como necesidad. La Cópia Privada a Examen**. Madri: Ministério da Cultura, 1995.

CARRARO, André. **Propriedade Intelectual e a Teoria dos Jogos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

CARRIER, Michael A. **The Pirate Bay, Grokster, and Google**. in *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 15, January 2010, pp 7-18.

CASCÓN, Fernando Carbajo. **El pulso em torno a la copia privada**. P.E.I. Revista de Propriedad Intelectual. n.º 16, Jan-Abr./2004, pp. 9-54.

CASELLATI Alvise Maria. **The Evolution of Article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive**. Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, v. 24, p. 369 – 392, 2001, p. 383-385.

CASIMIRO, Paula Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000.

CASSIOLATO, José Eduardo; GUIMARÃES, Vicente; PEIXOTO, Flávio e LASTRES, Helenal. **Innovation Systems and development: what can we learn from Latin America experience?** in Globelics Cinferece, 3, 2005. Proceedings. Pretoria, South America, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Trad. Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CERUZZI, Paul E. **A History of Modern Computing (History of Computing)**. 2 ed. Massachussets: Massachussets Institute Technology, 2003.

CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo: LTr, 1996.

CHERPILLOD, Ivan. **L'object du droit d'auteur**. Lausanne: Ceditac, 1985.

CHIMIENTE, Laura. **Lineamenti del Nuovo Diritto D'Autore. Directive Comunitarie e Normativa Interna**. 3.ª ed., Milão: Giuffrè, 1999.

_____. **La Nuova Proprietà Intellettuale nella Società dell'Informazione: La Disciplina Europea e Italiana**. Milão: Gufré, 2005.

CHINELATTO, Silmara. **Painel III – Direitos do Autor: Direitos Morais e Patrimoniais**. Relator: Dr.ª Silmara Chinelatto – FADUSP; Revisor: Dr. Newton Silveira – FADUSP; Moderador: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC, in WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Org. Estudos De Direito De Autor - A Revisão da Lei de Direitos Autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. P. 133-150. Florianópolis: Boiteux, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Santís Melendo. Bogotá: Temis, 1986.

CHRISTIE, Andrew; WALLER, Sophie; WEATHERALL, Kimberlee. **Exportando os Dispositivos da “US DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT” por meio de Acordos de Livre Comércio**. In: POLIDO, Fabrício; RODRIGUES JR, Edson Beas (Org.) Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas, Conflitos e Desafios. Rio de Janeiro; Elsevier, 2007, p. 191.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. In Journal of Law and Economics, p. 1-44 Vol. 3 (Oct., 1960).

COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação: diagrama da teoria do signo**. [S. l.] : Perspectiva, 1980.

COHEN, Max F. **Alguns aspectos do uso da informação na economia da informação**. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 31, n. 3, p. 26-36, set./dez. 2002.

COLOMBET, Claude. **Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde**. 2.^a ed., Paris: LITEC / UNESCO, 1992.

_____. **Propriété Littéraire et artistique et droits voisins**. 9.^a ed., Paris: Dalloz, 1999.

COLSTON, Catherine e GALLOWAY, Jonathan. **Modern Intellectual Property Law**. 3.^a ed., New York: Routledge, 2000.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. **Fragments sur la liberté de la presse**. In: Oeuvres de Condorcet. Tome 11, p. 253-314. Paris: Firmin Didot Frères, 1847.

CONROY, Marlize. **A comparative study of technological protection measures in copyright law**. Tese de Doutorado em Direito (3274-781-0), Orientada pelo Prof. CJ Visser, da Universidade da África do Sul, Novembro/2006, Disponível em <<http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/2217/thesis.pdf;jsessionid=0B0A686D80E0ED30BA1103CC171AB92F?sequence=1>>, acesso aos 25.03.2013.

COOK, Trevos & BRAZEL, Lorna. **The Copyright Directive: UK Implementation**. Bristol: Jordans, 2004.

COOMBE, Rosemary. **The cultural life of intellectual property: authorship, appropriation and the law**. EUA: Duke University Press, 1998.

COOPER, Alan J. **The significance of the Serial Copy Management System (SCMS) in the forensic analysis of digital audio recordings**. International Journal of Speech Language and the Law, v. 12, n° 1, 2005.

CORBET, Jan. **La Transposition en Droit Belge de La Directive D' Auteur dans la Société de L'Information**. in Revue Internationale du Droit d'Auteur – RIDA, n.º 206, pp. 5-63, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil I – Parte Geral**. t.I, 3.^aed., Almedina, 2005.

CORDEIRO, Pedro. **Limitation and exceptions under the “three-step-test” and in national legislation—differences between the analog and digital environments**. in National Seminar on the WIPO Internet Treaties and the Digital Technology organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the Copyright Coordination of the Ministry of Culture of Brazil with the support of the Brazilian Recording Industry Association Rio de Janeiro (Brazil), Setembro, 17-19, 2001, p. 3 e 4. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fcopyright%2Fen%2Fwipo_cr_rio_01%2Fwipo_cr_rio_01_4.doc&ei=zJUKU8uJHKqksQTN74DgB>

A&usg=AFQjCNExcZy4o-uaQiVurbuin6HL3OWHoA&bvm=bv.61725948,d.cWc>, acesso aos 04.01.2013.

_____. **Limitações e Excepções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações Nacionais. Diferenças entre o meio analógico e digital.** in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III, p. 211-219. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

CORNISH, William e LLEWELYN, David. **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks and Allied Rights.** 5.^a ed., rev. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

CORREIA, Ferrer; SÁ, Almeno. **Direito de Autor e Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão.** in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil.** São Paulo: FDT, 1998.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado.** Brasília: Thesaurus, 2008.

COVELL, Andy. **Digital Convergence Phase 2. A Field Guide for Creator-Collaborators.** Illinois: Stipes Publishing, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição.** Tomo II. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Ed. Editorial Verbo: Lisboa, 2000.

DANTAS, Bruno. **Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n 179, jul/set 2008. p. 179 – 190.

DAVENPORT, Thomas H. **Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação.** São Paulo: Futura, 1998.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DAVIES, Gillian. **Copyright and the public interest.** 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002.

DE WERRA, Jacques. **The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws (Japan, Australia).** In: Ginsburg, Jane C. *Adjuncts and alternatives to copyright: ALAI Congress June 13-17, 2001, New York, U.S.A.*

_____. **Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur.** Congrès de l'ALAI. New York, NY: ALAI-USA, 2002. p. 179-279. Disponível em: <<http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/dewerra.doc>>, acesso aos 23.03.2013.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **O significado jurídico da expressão «função social da propriedade».** In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 3, 1997.

DELGADO, Antonio. **La copia privada en España.** in Derecho de autor y derechos afines al de autor. Recopilación de artículos de Antonio Delgado Porras. vol. 1, págs. 37-62, Madri: Instituto de Derecho de Autor, 2007.

DEMETER, Tamás. **The history of ideas and the history of communication: some lessons for researchers of a mobile information society.** in Információs Társadalom, n.º 4, 2007, p. 97-106, Editorial Board Information Society.

DESBOIS, Henri. **Le droit d'auteur en France.** 3.^a ed., Paris: Dalloz, 1978.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIAS, Rosilãna Aparecida. **Tecnologias digitais e currículo: possibilidades na era da ubiquidade.** in Revista de Educação do COGEIME, Ano 19, n.º 36, p. 55-64, janeiro/junho 2010.

DIAS, Tatiana de Melo. **Lei Sinde entrará em vigor em março.** 15.02.2012. Link. Estadão.com.br. Disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/lei-sinde-entrara-em-vigor-em-marco/>>, consulta aos 11.02.2013. Decisão n.º 2009-590 DC, de 22 de Outubro de 2009.

DIDEROT, Denis. **Carta sobre o comércio do livro.** Trad. Bruno Feitler. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

DIETZ, Adolf. **El Derecho de autor en España y Portugal.** Estudio de Derecho comparado, realizado por encargo de la Comisión de las Comunidades Europeas. Trad.: Ramón Eugenio López Sáez. Colección Analisis y Documentos, n.º 1. Madri: Técnica, 1992.

DÍEZ, Ignacio Garrote Fernández. **La reforma de la Copia Privada en la Ley de Propiedad Intelectual.** Granada. Editorial Comares, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e FILHO, Sérgio Cavaliere. **Comentários ao novo Código Civil – Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios.** v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DRUCKER, Peter F. **The Technological Revolution: Notes on the Relationship of Technology, Science, and Culture.** Technology and Culture. vol. 2, n.º 4, 1961.

DUGUIT, León. **Manuel de Droit Constitutionnel.** Paris: Fontemoing, 1911.
_____. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon.** Paris: Felix Alcan, 1912.

DUSOLLIER, Séverine. **Dusollier, Séverine, Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres.** Bruxelas: Larcier, 2005.

_____. **L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection.** Communication - Commerce électronique, n.º 11, Nov./2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** trad. Nelson Boeira. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. **A obra aberta**. 8.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

EDWARDS, Lilian. **The fall and rise of Intermediary Liability Online**. In EDWARDS, Lilian; WAELDE, Charlotte (coord.). *Law and the Internet*. 3.^a ed. E.U.A.: Hart Publishing. 2009, p. 82.

EMERY, Miguel Ángel. **Propiedad Intelectual**. Editorial Astrea. Argentina: 2003.

EVANS, Philip B.; WURSTER, Thomas S. **A explosão dos bits: blown to bits**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. e PEIS, E. **The moral rights of authors in the age of digital information**. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, v. 52, n. 2, p. 109-117, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3.^a ed., São Paulo: Atlas.

FEYNMAN, Richard. **There's Plenty of Room at the Bottom**. in Encontro Anual da Sociedade Americana de Física, 29.12.1959, California Institute of Technology (Caltech), 1.^a publicação in *Caltech Engineering and Science*, vol. 23:5, Fevereiro, 1960, p. 22-36. Disponível em <<http://www.zyvex.com/nanotech/feynman.html>>, acesso em 30.09.2012.

FICSOR, Mihály. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2002.

_____. **The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation**. Oxford; Nova York: Oxford University Press, Incorporated, 2002.

FILHO, Demócrito Reinaldo. **Violação de direito autoral na web. Condenação do site Pirate Bay na Suécia demonstra tendência da justiça internacional na punição de downloads ilegais**. in *Revista Visão Jurídica*, disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/39/artigo151288-1.asp>>, acesso aos 07.10.2012.

FINK, Carsten; REICHENMILLER, Patrick. **Tightening TRIPS: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements**. 07 fev. 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/WBI-Training/288464-1119888387789/trade_note_Feb7_05.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2007.

FORAY, Dominique, **L'économie de la connaissance**. La Découverte, Paris 2000. Fotocopiar. in **Infopédia (em linha)**. Porto: Porto Editora, 2003-2013. Disponível na www: <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/fotocopiar;jsessionid=HR+d7yM7Aq8pS1sW4kLkXw__>. Consultado em 31.12.2013.

FOUCAULT, Michel. **Securité, territoire e population: Cours au Collège de France, 1977-1978**. Paris: Gallimard, 2004.

FRADA, Manuel A. Carneiro. **Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das operadoras de internet e a doutrina COMUM da imputação de danos.** Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, II, Lisboa, Abril, 1999.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem Ética?** Trad. Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga. Lua Nova: São Paulo, 70, p. 101-138, 2007.

FREIRE, Isa Maria. **Comunicação de informações tecnológicas para o meio rural.** Revista Ciência da Informação. Brasília, v. 13, n. 1, p. 67-71, 1984.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido.** 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

FURLAN, Fabiano Ferreira; CARNEIRO, Herbert José Almeida; e, MENDONÇA, José Osvaldo Corrêa Furtado de. **Aspectos penais, processuais penais do crime de violação de Direito Autoral e a rede peer-to-peer.** in XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>>, acesso em 25.01. 2012.

GANDEIMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet - Direitos Autorais das Origens à Era Digital.** Rio de Janeiro: Record, 2007.

GANLEY, Paul. **Surviving Grokster: Innovation and the Future of Peer-to-Peer.** in European Intellectual Property Review, v. 28. n.º 1, p. 15 - 25, Jan./2006.

GARCIA, Concepción Saiz. **Objeto y Sujeto del Derecho de Autor.** Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

GAUTIER, Pierre-Yves. **L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le «test des trois étapes»,** Communication - Commerce électronique, Nov./2006.

GEERTZ, Clifford. **Local knowledge: further essays in interpretive anthropology.** USA: Basic Books, 1983.

GEIER, Eric. **How (and why) to set up a VPN today.** 19.03.2013. Disponível em <<http://www.pcworld.com/article/2030763/how-and-why-to-set-up-a-vpn-today.html>>, acesso aos 05.02.2014.

GEIGER, Christophe. **Droit D'auteur et Droit du Public à L'information: approche de droit compare.** Paris: LITEC, 2004.

_____. **Right to Copy v. Three-Step Test: the Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment.** Computer Law Review International, pp. 7-13, n.º 1, Fev/2005. _____. **Le test des étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?** Revue Lamy Droit de l'immatériel, n.º 15, Abr./2006.

GEIGER, Christopher, GRIFFITHS, Jonathan e HILTY, Reto M. **Towards a Balanced Interpretation of the "Three-step Test" in Copyright Law.** in European Intellectual Property Review, v. 30. n.º 12, p. 489 - 496, 2008.

GENDREAU, Ysolde. **Le Droit de Reproduction et L'Internet**. Revue Internationale du Droit d'Auteur - RIDA, n.º 178, 1998; e, FCISOR, Mihály. **The Law of Copyright and the Internet**. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford, 2002.

GIBSON, William. **Neuromancer**. New York: Ace Books, 1984.

GINSBURG, Jane C. **Copyright Use and Excuse on the Internet**. Columbia - VLA Journal of Law & the Arts, v. 24, 2000, Disponível <<http://ssrn.com/abstract=239747>>, acesso aos 25.03.2013.

_____. **Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions**. Revue Internationale du Droit d'Auteur, January 2001. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=253867> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.253867>>, acesso aos 14.12.2013.

_____. **From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law**. Columbia Law School. Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, p. 113, 2003. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=222493> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.222493>>, acesso aos 25.03.2013.

GOMES, Júlio. **Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões**. in Studia Iuridica, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, v. II: Direito Privado, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Paulo Jorge. **A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor**. IAC - Instituto Açoriano de Cultura, Angra do Heroísmo, 2011.

GÓMEZ, Eduardo Serrano. **Los Derechos de Remuneración de la Propiedad Intelectual**. Madri: Dykinson, 2000.

GONÇALVES, Pedro. **Regulação pública de conteúdos na internet em Portugal contributo para a compreensão da designada “solução provisória de litígios” pela Administração Pública no âmbito do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro**. APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 107-128, v. VII, Coimbra Editora, 2008.

GONICK, Larry. **Introdução Ilustrada à Computação**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1984. 242 p. p. 115-122.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

GRAU-KUNTZ, Karin. **Domínio Público e Direito de Autor**. in Propriedade Intelectual & Internet. vol. 2, coord. Marcos Wachowicz, Juruá p. 91-136. Curitiba: 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GROSSMAN, Sanford J. e STIGLITZ, Joseph E. **Information and Competitive Price Systems**, in *The American Economic Review*, vol. 66, n. 2, Papers and Proceedings of the Eighty-eighth annual Meeting of the American Economic Association (May, 1976).

GUIBAULT, Lucie. **Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright**. Haya: Kluwer Law International, 2002.

_____. **The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: Prospects for their adaptation to the digital environment**. e-Copyright Bulletin. UNESCO. Out.-Dez./2003. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139671e.pdf>>, acesso aos 25.02.2013.

GUIZZARDI, Sílvia. **La Nuova Disciplina del Diritto d'Autore nella Società dell'Informazione alla Luce della Direttiva 2001/29**. In *Europa e Diritto Privato*, n.º 3, 2002.

HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HALL, Stuart. **The centrality of culture: notes on the cultural revolutions of our times**. in *Media and Cultural Regulation*, org. Kenneth Thompson, Londres: Open University, 1997.

HAMES, Bruno Jorge. **O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II**. In: *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, v. 23, n.º 58, p. 63-72, maio/ago, 1990.

_____. **O direito de propriedade intelectual**. 3.^a ed., São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. *Science*, vol. 162, n.º 3859, ano 1968.

HART, Michael. **The Copyright in the Information Society Directive: An Overview**. in *European Intellectual Property Review*, p. 58 – 62, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de Justiça e Economia Política**. (Apresentação e supervisão da tradução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges). São Paulo: Editora Visão, 1985. 3v.

HERSCOVIC, Alain. **Economia do desequilíbrio, sistema de preços e instituições: elementos de análise**. in *Ensaio FEE*, vol. 23, n.º 1, 2002, Porto Alegre.

_____. **Dinâmica macroeconômica: uma interpretação a partir de Marx e de Keynes**, Educ/Edufes, São Paulo, 2002.

_____. **Economia da Informação, direitos de propriedade intelectual, Conhecimento e novas modalidades de re-apropriação social da Informação**. *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación*, www.eptic.com.br, Vol. VI, n. 3, Sep. – Dec. 2004. Disponível em

<<http://www.eptic.com.br/arquivos/Revistas/Vol.VI,n.3,2004/AlainHerscovici.pdf>>, Acesso em 03.05.2012.

_____. **Economia da Informação, Redes Eletrônicas e Regulação: Elementos de Análise**. Revista de Economia Política, p. 95-114, vol. 24, nº 1 (93), janeiro-março/2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HILTON, Alice. **Logics, computer machines and automation**. Nova Iorque: Institute of Cybercultural Research. 1964. LÉVY, Pierre. 1999. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34.

HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político**. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002. (Col. Fundamentos do direito).

HODGSON, Geoffrey M., **The Approach of Institutional Economics**, Journal of Economic Literature, vol. 36, Issue 1, March 1998, pp. 171 e 183.

HORKHEIMER, Max. **Teoria tradicional e teoria crítica**. In: BENJAMIM, Walter, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. (org.) Textos escolhidos. 2.^a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HORNBECK, J. F. e COOPER, William. **Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy**. Report for Congress, Congressional Research Service. Disponível em <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>>, acesso aos 02.05.2013.

HUGENHOLTZ, P. Bernt. **Adapting Copyright to the Information Superhighway**., Artigo realizado com base nos estudos preparados para a Comissão Européia (DG XIII and DG XV) em 1994 e 1995. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/pbh2.pdf>>, acesso aos 05.01.2013.

_____. **The Story of the Tape Recorder and the History of Copyright Levies**. in: Copyright and the Challenge of the New, B. Sherman & L. Wiseman (eds.), Information Law Series, vol. 25, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2012.

HUGENHOLTZ, P. Bernt., GUIBAULT, Lucie e GEFFEN, Sjoerd Van. **The Future of Levies in the Digital Environment**. Relatório Final. Amsterdam: Institute for Information Law, Mar./2003. Disponível em <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>, Acesso aos 14.11.2012.

HUGENHOLTZ, P. Brent; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright**. Final Report, 06.03.2008. Disponível em <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/limitations_exceptions_copyright.pdf>, Consultado aos 02.10.2013.

IFRAH, Georges. **The Universal History of Computing: From the Abacus to the Quantum Computer**. New York: John Wiley & Sons, Inc., 2001.

JAEGGER, Pier Giusto. **L'Interesse Sociale**. Milão: Giuffrè, 1964, reimp, Milão, 1972.

JARACH, Giorgior. **Manuale del Diritto D'Autore**. Milão: Mursia, 1991.

JAYNES, Edwin Thompson. **Information theory and statistical mechanics**. Physical Review, vol. 106, n.º 4, p. 620-630, 15.05.1957.

JEANNERET, Christine. **The Digital Millennium Copyright Act: Preserving the Traditional Copyright Balance**. Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, v. 12, n.º 1, art. 4, p. 157-163, 2001. Disponível em <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1229&context=iplj>>, acesso aos 25.03.2013.

JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento**. trad. Rafael Benaion; pref. Clóvis Beviláqua. v. III, Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JOHNSON, Bobbie. **Apple drops DRM copy protection from millions of iTunes songs**. In theguardian.com, 06.01.2009, 19h41 GMT, San Francisco. Disponível em <<http://www.theguardian.com/technology/2009/jan/06/apple-drops-itunes-copy-protection>>, acesso aos 20.03.2013.

JÚNIOR, Ronaldo Macedo. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

KALOUSTIAN, Sílvia Manoug. (org). **Família Brasileira. A base de tudo**. UNICEF. Brasília: Editora Cortez, 2000.

KANT, Immanuel. **Da crítica da razão pura**. 5.ª ed., trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Chi dev'essere il custode della costituzione?** in La giustizia costituzionale. trad. Carmelo Geraci, p. 229-291. Milano: Giuffrè Editore, 1981.

_____. **Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. 2.ª ed. Tradução José Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KENSKI, Vani Moreira. **Novas Tecnologias: o redimensionamento do espaço e do tempo e os impactos no trabalho docente**. Trabalho apresentado na XX Reunião Anual da Anped, Caxambu, set. 1997.

KENSKI, Vani Moreira. **Novas Tecnologias: o redimensionamento do espaço e do tempo e os impactos no trabalho docente**. Trabalho apresentado na XX Reunião Anual da Anped, Caxambu, set. 1997.

KEPLINGER, Michael S. **La infraestructura global de la información y su marco legal**. Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, p.18, junho/julho de 1995.

KEYNER, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Atlas, 1990.

KOELMAN, Kamiel J. **A hard nut to crack: The protection of technological measures**. in European Intellectual Property Review, v. 22, n. 6, p. 272-288, 2000.

_____. **The Protection of Technological Measures vs. The Copyright Limitations.** Institute for Information Law, Faculty of Law-University of Amsterdam (2001). Paper presented at the ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright, New York, 15 June 2001. Disponível em <www.ivir.nl/publications/korelman/alaiNY.html>, acesso aos 23.03.2013.

_____. **Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** In International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), p. 603-638, n.º 6/2004.

KOMMERS, Donald. **The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany.** Durham: Duke University Press, 2.ª ed., 1997.

KUNTZ, Karin Grau. **A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor.** in Liinc em Revista, v.7, n.2, p. 405-415, setembro, 2011, Rio de Janeiro.

KWOK, Yu-Kwong Ricky. **Peer-to-Peer Computing: Applications, Architecture, Protocols, and Challenges.** New York: Chapman & Hall Book, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2012.

LAMY, Bertrand de. **Hadopi I: Précisions du Conseil constitutionnel sur le pouvoir de punir.** (Cons. const., 10 juin 2009, décision no 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet), Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, n.º 1, p. 209-214, 2010, p. 209.

LANGE, Deise Fabiane. **O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos.** São Leopoldo: UNISINOS, 1996; para detalhes sobre os mecanismos, aparelhos e conceituação da tecnologia digital.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3ª ed., Tradução de José Lamago. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASTRES, Helena; ALBAGLI, Sarita. **Informação e globalização na era do conhecimento.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.

LATERCE, Sávio. **Husserl e a Crise da Ciência Ontem e Hoje.** in Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região. Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.69-99, abr./set. 2008.

LATREILLE, Anotoine. **La Copie Privée Démythifiée.** in Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, n.º 3, p. 403-411, Julho/Setembro 2004.

LEDESMA, Guillermo. **Derecho Penal Intelectual.** 1.ª ed. Argentina: Editorial Universidad, 1992,

LEHMAN, Bruce A. **Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights.** Information Infrastructure Task Force. Working Group on Intellectual Property Rights. United States. Setembro, 1995. Disponível em <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>>, Consultado aos 02.10.2013.

LEITÃO, Luís Manuel Telede de Menezes. **A responsabilidade civil na internet**. in separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, I, Lisboa, Janeiro, 2001

_____. **O enriquecimento sem causa no Direito Civil. Estudo Dogmático Sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face à Contraposição Entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa**. Lisboa: Almedina, 2005.

_____. **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2011.

LEMOS, André. 2007. **Mídia locativa e territórios informacionais**, in Estéticas Tecnológica, pp. 207-230. Priscila Arantes e Lúcia Santaella, orgs., São Paulo: Edição PUC/SP, 2007.

_____. **Cibercultura. Alguns pontos para compreender a nossa época**. Cunha, Paulo (orgs). Olhares sobre a Cibercultura. pp. 11-23, Porto Alegre: Sulina, 2003.

LEMOS, Ronaldo e BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. In Redes de Tecnologia Social, Disponível em <http://www.rts.org.br/noticias/destaque-1/arquivos/copyleft_sergio_branco.pdf>, consultado a 12.07.2008.

LEMOS, Ronaldo. **Cibercultura como território recombinate**. in Territórios recombinaes: arte e tecnologia. Camila Duprat Martins, Daniela Castro e Silva e Renata Motta orgs. pp. 35-48. Cadernos Instituto Sergio Motta. v. 13. São Paulo, Coleção Cultural, 2007.

_____. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

LESSIG, Lawrence. **The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach**. Hard Law Review, v. 113, pp. 501-519, 1999.

_____. **The future of ideas: the fate of commons in a connected world**. New York: Random House, 2001.

_____. **Free Culture**. New York: Penguin Press, 2004.

_____. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

_____. **Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Londres: Bloomsbury Academic, 2008.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. **Collective Intelligence: Mankind's Emerging World in Cyberspace**. Trad. Robert Bononno. Cambridge: Helix Books, 1997.

_____. **Cibercultura**. Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

_____. **Em entrevista a Roda Viva**. Disponível em <<http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/47/>>, acesso em 12.12.2001.

_____. **As tecnologias da Inteligência – O futuro do pensamento na era da informática**. Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2004.

LEWINSKI, Silke von. **Certain Legal Problem Related to the Making Available of Literary and Artistic Works and other Protected Subject Matter Through Digital Networks**. UNESCO, Jan.-Mar./2005, p.5. Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/26128/11514179891lewinski_e.pdf/lewinski_e.pdf>, acesso em 14.07.2012.

LIEBOWITZ, Stan J. **File Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?** Journal of Law and Economics, vol. XLIX, Abr./2006, Disponível em <http://www.warsystems.hu/wp-content/uploads_bodo/liebowitz-File%20Sharing%20Creative%20Destruction%20or%20Just%20Plain%20Destruction.pdf>, consulta aos 23.01.2013.

LIM, Pheh Hoon e LONGDIN, Louise. **P2P Online File Sharing Transational Convergence and Divergence in Balance Stakeholder Interests.** In European Intellectual Property Review. v. 33, n. 11, 2011, p. 690 - 698.

LIMA, Gercina Ângela Borém de O.; PINTO, Líliam Pacheco; e, LAIA, Marconi Martins de. **Tecnologia da Informação: Impactos na Sociedade.** in Revista Informação & Informação, v. 7, n. 2, p. 75- 94, Londrina, jul./dez. 2002. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1699>>, consulta aos 08.12.2012.

LIPSZYC, Délia. **Derecho de autor y derechos conexos.** Buenos Aires: UNESCO, 1993.
_____. **Manual de derecho de Autor y Derechos Conexos.** UNESCO/CERLALC//ZAVALLÍA, Buenos Aires, 1993.

LITAN, Robert E.; RIVLIN, Alice M. **Projecting the economic impact of the Internet.** The American Economic Review, v. 91, n. 2. p. 313-317, May 2001.

LOCKE, John. **Two Treatise on Government.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LOISEAU, Anne. **France: HADOPI 2 And the Return of Representative Sanctions.** In Computer Law Review. n.º 5, p. 154-156, 15.10.2009.

LOJKINE, Jean. **A revolução informacional.** São Paulo: Cortez Editora, 1995.

LOPES, Juan Marin. **La Copia Privada Frente a las Medidas Tecnológicas de Protección.** P.E.I. Revista de Propriedad Intelectual, n.º 20, pp. 9-76, Mai.- Ag./2005

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal.** 2.ª ed. São Paulo: RT, 2000.

LÓPEZ, Juan José Marín. **La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección.** Revista de Propiedad Intelectual (pe.i.), n.º 20, p. 9-76, 2005, Bercal.

LUCAS André. **La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información.** in: Boletín de Derecho de Autor, vol. XXXII, n.º 1, ed. UNESCO, Paris, 1999
_____. **Mesures techniques de protection – Copie privée – Triple test,** (19) Propriétés intellectuelles, Abril/2006.

LUCAS, André e LUCAS, Henri Jacques. **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique.** 3.ª ed. Paris: LITEC, 2006.

LUCAS, André e SIRINELI, P. **Exceptions de copie privée et mesures techniques de protection.** (16) Propriétés intellectuelles, Julho/2005.

LUCAS, André, DEVÉZE, Jean e FRAYSSINET, Jean. **Droit de l'informatique et de l'Internet.** Thémis. Droit Privé. Paris: Presses Universitaires de France 2001.

LUKÁCS, George. **Reification and the Consciousness of the Proletariat.** Trad. Andy Blunden. Londres: Merlin Press, 1967. Disponível em <<http://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc05.htm>>, acesso aos 24.11.2012.

LUNNEY, Jr., Glynn S., **The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the DMCA.** Virginia Law Review, v. 87, September 2001. Disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1073857?uid=3737664&uid=2129&uid=2134&uid=2478555433&uid=2&uid=70&uid=3&uid=2478555423&uid=60&purchase-type=none&accessType=none&sid=21103399060633&showMyJstorPss=false&seq=1&showAccess=false>>, acesso aos 25.03.2013.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno explicado às crianças.** 2.^a ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993

MAILLARD, Thierry. **Retour aux Sources (Illicites) de la Copie Privée: à Propos du Jugement de Grande Instance de Bayonne du 15 novembre 2005.** Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n.º 12, Janeiro, 2006.

MALAUURI, Phillipe. **L'Ordre Public et le Contrat: Étude de Droit Civil Comparé.** URSS Reims, Matot-Braine, 1953.

MALKAWI, Bashar H. **The Intellectual Property Provisions of the United States-Jordan Free Trade Agreement: Template or Not Template.** Jornal of World Intellectual Property. v. 9 (2) 2006. p. 213-229. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1422-2213.2006.00275.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 6.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações).** São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MARCHAND, Donald A.; KETTINGER, William J.; ROLLINS, John D. **Information orientation: people, technology and the bottom line.** Sloan Management Review, p. 69-80, Summer 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede.** Lei do Comércio Electrónico Anotada, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARTINS, Patrícia Fragoso. **O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros.** Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia. São João do Estoril: Principia, 2006.

MARX, Karl. **Conseqüências sociais do avanço tecnológico**. Coleção Ciências Sociais, Série Materialismo Histórico, v. 1. São Paulo: Edições Populares, 1980.

MAZZIOTTI, Giuseppe. **European Union Digital Copyright Law and the End-user**. Berlin: Springer, 2008.

MCLUHAN, Marshall e FIORE, Quentim. **The medium is the message: an inventory of effects**. Nova York: Bantam Books 1967

MCLUHAN, Marshall e LAPHAM, Lewis H. **Understanding Media: The extensions of Man**, Massachusetts: MIT Press - Massachusetts Institute of Technology, 1994.

MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**. Toronto: University of Toronto Press, 1966, reimp. 2002.

MELLO, Alberto de Sá. **O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português**. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB de Jurisprudência, 1.^a quinzena, dez/1994, n.º23/94, pp. 475-469.

_____. **Direitos fundamentais e controlo de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001.

_____. **Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões**. in Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENGER. Carl; SCHNEIDER, Louis; e NOCK, Francis J. **Problems of Economics and Sociology**. Urbana: University of Illinois Press, 1963.

MENN, Joseph. **All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster**. New York: Crown Business, 2003.

MIGLIO, Leandro Darío Rodríguez. **La Cópia Privada: o del largo camino que va de Gutenberg a Phillips o de Edison a Sony Corporation y al DAT**. Livro de Memórias - III Congresso Internacional sobre a Proteção dos Direitos Intelectuais, Santiago, OMPI/ CISAC/ Ministério de Cultura da Espanha /IIDA, 1992.

MINAR, Nelson, HEDLUND, Marc. **A Network of Peers: Peer-to-Peer Models Through the History of Internet.** p. 3-20, in ORAM, Andy. ed. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies.** California: O'Reilley & Associates, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado.** São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** t. V, p. 218-219, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** tomo 2. Coimbra: Coimbra ed., 1983.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** 24.^a São Paulo: Atlas, 2009.

MORALES, Óscar García. **Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediários de la sociedad de la información. Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet.** Aranzadi, 2002.

MOREAU, René. **The Computer Comes of Age: The People, the Hardware, and the Software.** trd. J. Howlett, Cambridge: MIT Press, 1984.

MOSER, David J., SLAY, Cheryl L. **Music Copyright Law.** Boston: Course Technology, Cengage Learning, 2012 p. 271-292.

MURPHY, Andrew, POTTS, John, **Culture and Technology.** Nova York: Palgrave Macmillan, 2003.

NASH. John Forbes. **Essays on Game Theory.** Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997.

NEGROPONTE, Nicolas. **A vida digital.** Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

NETO, José Carlo Costa, **Direito Autoral no Brasil.** São Paulo: FTD, 1998.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Considerações sobre a interpretação constitucional.** in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 25, ano 6, out-dez, 1998.

NIMMER, Melville B. **Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?** UCLA Law Review, v. 17, 1970.

NOBRE, Marcos. **Limites da reificação. Um estudo sobre História e consciência de classe, de Georg Lukács.** Dissertação de Mestrado, USP, mimeo, 1991.

NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil.** in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 14, abr-jun, 2003.

_____. **Direito das obrigações.** 2 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

O'ROURKE, Maureen A. **Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world.** Minnesota Law Review, v. 82, n. 3, p. 609-704, 1998.

OBERHOLZER, Felix e STRUMPF, Koleman. **The Effect of File Sharing on Record Sales An Empirical Analysis.** Disponível em <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>, acesso aos 02.02.2014.

OLSON, Mancur. **A lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

OPPENHEIM, Charles. **Direitos autorais e o movimento do acesso aberto: um equilíbrio que demanda novas atitudes.** In Sueli Mara Soares Pinto Ferreira, Maria das Graças Targino (Org.). **Mais sobre revistas científicas: em foco a gestão.** São Paulo: SENAC São Paulo, 2008.

ORAM, Andy. **Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies.** California: O'Reilly Media, 2001.

ORLIKOWSKI, Wanda J., BARLEY, Stephen R. **Technology and Institutions: What Can Research on Information Technology and Research on Organizations Learn from Each Other?** MIS Quarterly Vol. 25, n.º. 2 (Jun., 2001), pp. 145-165. Minnesota: Management Information Systems Research Center, University of Minnesota.

PARILLI, Ricardo Antequera. **El Nuevo Regimen del Derecho de Autor en Venezuela.** Venezuela: Autoralex, 1994

_____. **Jurisprudencia internacional sobre el derecho de autor y derechos conexos.** CERLEALC - Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, disponível em <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=990>>, consultado a 27.11.2007.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 1997, p. 28-29.

PATTERSON, Ray e LINDBERG, Stanley. **The Nature of Copyright: A law of Users' Rights.** Atenas/Londres: The University of Georgia Press, 1991.

PEGUERA, Miguel Poch. **La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet,** in Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, p. 25 a 64, Aranzadi, 2002.

PENADÉS, Javier Plaza. **Comentários ao artigo 25 do Texto Refundido, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril.** in TAPIA, José Miguel Rodríguez. **Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.** Navarra: Civitas, 2007.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **A globalização, a OMC e o comércio electrónico.** in Temas de Integração. Revista Sequência, n.º 45, p. 173-195, dez. de 2002.

_____. **Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica.** Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. vol. LXXXI, p. 441-509. Coimbra: 2005.

_____. **Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Excepção).** in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. v. 1. p. 855-869 Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direitos de Autor, da Imprensa à Internet.** Cyberdifusão Jun/013, Cyberscopio. Disponível em <http://www.cyberscopio.net/artigos/tema3/cdif_01.pdf>, consulta a 13.11.2007.

_____. **A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital.** Direito da Sociedade de Informação, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Separata do Volume VII, p. 329-361, Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito de Autor e Liberdade de Informação.** Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Fair use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Excepção).** in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. p. 3-10, ed. 94, Maio/Junho, 2008.

_____. **Pirataria e Cópia Privada.** in Direito da Sociedade da Informação, v, IX, p. 125-144, Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Joel Timóteo. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação.** Quid Juris: Lisboa, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica.** 4.^a ed. São Paulo: Forense, 2012.

PEREZ, Carlota; FREEMAN, Christophe. **Structural crises of adjustment, business cycles and investment behavior.** In: DOSI, G. et al. (Eds.). Technical change and economic theory. Londres: Pinter Publishers, 1988. p. 38-66.

PÉREZ, Raquel Román. **Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías.** Madri: Editroail Reus, 2003.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renvoar, 1999.

PESSOA, Fernando. **Odes Triunfais.** In Revista Trimestral de Literatura, ed. Antonio Ferro, Orpheu, n.º 1, 1915.

PICKER, Randal C. **Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution.** in John M. Olin Law & Economics Working Paper n.º. 147, (2.^a série), The Law School, The University Of Chicago 2002.

PIERPAOLI, Fremiort Ortiz. **Derecho de autor y Derechos conexos en el Paraguay.** Tese de Doutorado em Direito e Ciências Sociais. Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Nacional de Assunção. Assunção: 1997.

PIMENTA, Eduardo. **Os Direitos Autorais do Trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. **A Lei Aplicável aos Direitos de Propriedade Intelectual**. in AA. VV., *Direito da Sociedade da Informação*, v. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002

PINTO, Pedro. **Redes – Sabe o que é uma VPN (Virtual Private Network)?** 14 de Novembro de 2011. Disponível em <<http://pplware.sapo.pt/networking/redes-sabe-o-que-uma-vpn-virtual-private-network/>>, acesso aos 04.02.2014.

PINTO, Rui Carlos. **Obras não Protegidas, Uso Privado e Utilizações Livres. Contributo para o Estudo do seu Regime**. in *Revista Jurídica da Associação de Alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.^{os} 16/17, p. 73-97, Junho de 1992.

PLISECKA, Anna. **Accessio and specificatio reconsidered**. In *The Legal History Review*, vol. 74, n.º 1-2, p. 45–60 (16), Março, 2006.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006a. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, p. 135.

POLLAUD-DURIAN, Frédéric. **Le Droit d’Auteur**. Paris; Economica, 2005.

POMAR, Fernando Gómez. **La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia**. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, p.165-218, Ano nº 69, n.º 614, 1993.

PONTOISE, Marjorie. **L’exception de copie privée face aux dispositifs techniques de protection des oeuvres**. Université Lille II. Mestrado 2 em Direito do Cyberspaço (NTIC), 2005. Disponível em <http://www.memoireonline.com/12/06/297/m_l-exception-de-copie-privee-face-aux-dispositifs-techniques-de-protection-des-oeuvres.html>, acesso aos 17.01.2013.

PORRAS, Antonio Delgado Porras. **Cláusula de reserva de Derechos de Remuneración a incluir en los Contratos de Producción de Obras Audiovisuais**. Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores - CISAC/ CJL (Comisión Jurídica y de Legislación), Sevilla, 1997.

PORTER, Michael E. **Competitive advantage**. New York: Free Press, 1985.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PRICKETSON, Sam. **Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital**. Disponível em <http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=16805>, acesso aos 21.03.2013.

PUGATCH, Meir Perez. **Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access**, 16 out. 2004. Disponível em: <<http://www.iprsonline.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

RALLET, Alain. **A teoria das convenções segundo os economistas.** in Nexos, vol. I, nº 2, Dezembro de 1999.

RAMALHO, Ana Bárbara Quintelo Ribeiro Neves. **Direito de Autor e Cópia Privada. Dissertação de Mestrado em Direito Intelectual.** Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

_____. **Análise Económica da Proteção das Medidas Tecnológicas no Direito de Autor: Uma Visão Portuguesa.** Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão. pp. 107-133. v. 3. Set– Dez/2011.

RAMALHO, David Silva. **A tutela penal dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B2c097642-c7bd-43d7-9057-0033033cda9a%7D.pdf>>, acesso aos 93.02.2014.

RAMIREZ, Rafael. **Value co-production: intellectual origins and implications for practice and research.** Strategic Management Journal. v. 20, p. 49-65, 1999.

RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos Humanos: fundamentación.** Madri: Tecnos, 1997.

RAPPAPORT, Julian. **Empowerment meets narrative: listening to stories and creating settings.** In American Journal of Community Psychology. 1995/Oct., v. 23. n. 5. p. 795-807. Disponível em <<http://dpss.psy.unipd.it/link/files/3-Rapport.1995.Empowerment.meets.narrative.AJCP1.pdf>>, acesso em 15.11.2012.

RATO, Gonçalo Moreira. **O Acordo TRIPS/ADPIC: Avaliação,** in AA VV., Direito Industrial, vol. II, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pp. 281-387.

REBELLO, Luís Francisco. **Introdução ao Direito de Autor.** vol. 1, Sociedade Portuguesa de Autores. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.

_____. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado.** 3.^a ed., Lisboa: Âncora, 2002.

_____. **La Transposition de La Directive n.º 2001/29/CE dans le Droit Portugais.** in Revue Internationale du Droit d'Auteur – RIDA, n.º 206, 2005, pp. 149-159.

REINBOTHE, Jörg, LEWINSKI, Silke. **The WIPO Treaties 1996 the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty Commentary and Legal Analysis.** Londres: Butterworths, 2002, pp. 122 e ss. E, também COOK, Trevor e BRAZEL, Lorna. **The Copyright Directive - UK Implementation.** Bristol: Jordans, 2004.

REIS, Jorge Renato dos. **O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social.** In: ADOLFO, Luiz Gonzaga; MORAES, Rodrigo. (Coord.). Propriedade intelectual em perspectiva. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

RICKETSON, Sam. **Wipo Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment.** WIPO – World Intellectual Property Organization. Standig Committee on Copyright and Related Rights, 9.º Seção, Genebra, 23-27/Jun./2003, p. 4, disponível em <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf>, acesso aos 19.01.2013.

RIIS, Thomas e SCHOVSBØ, Jens. **Users Rights: Reconstructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds**. *European Intellectual Property Review*, vol. 29, n.º 1, Janeiro/2007.

ROBLEDO, Santiago Márques. **Principios Generales del Derecho de Autor**. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Carrera de derecho, Bogotá D.C.: 2004, p. 108.

ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

ROCHA, Maria Vitória. **Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial. Obras de Arquitetura como Obras protegidas pelo Direito de Autor**. Almedina, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2006.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROVER, Aires J. e WINTER, Djônata. **A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual**. p.77-80. In Marcos Wachowicz (org.). *Propriedade intelectual e internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação*. Curitiba: Juruá, 2003.

ROVER, Aires José. **A tecnologia como fator de democratização do Direito. Estudos Jurídicos e Políticos**, v.19, n.25, p.50-55, 1997; buscalegis.ccj.ufsc.br, file://platao/www/arquivos/revistasCCJ/seq35-tecnologia CFDD.html;

_____. **Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito**. In: *Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SALAMANCA, Sara Martín. **Comentários ao artigo 31 do Texto Refundido, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril**. in TAPIA, José Miguel Rodríguez. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Civitas, 2007.

SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: LTr, 1999.

SANTIAGO, Vanisa. **O direito de autor e o direito de remuneração**. In: *Revista de Direito Autoral*, V. II, ano 3. São Paulo: Lumen Júris, 2005. pp. 101-105.

_____. **O Direito de Remuneração - uma alternativa a ser considerada?** in Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura. Seminário “Direitos Autorais e Acesso à Cultura”. São Paulo, 27 e 28 de agosto de 2008. Mesa 6: Formas de Licenciamento. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/09/palestra_vanisa_santiago_mesa6.pdf>, consulta aos 25.01. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998, 288 pp.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral**. in *Estudos Jurídicos*, vol. 39, n.º 1, janeiro-junho, p. 24-32, 2006.

_____. **Texto Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual - O Regime Constitucional do Direito Autoral.** In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** p. 11-32, Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

SARAMAGO, José. **Carta de José Saramago lida no encerramento do II Fórum Social Mundial.** in Revista Espaço Acadêmico, Ano 1, n.º 10, Março, 2002. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br/010/10saramago.htm>>, acesso aos 24.10.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6.ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SASSEN, Saskian. **Cities in a World Economy.** Pine Forge Press, 4. ed., 2012.

SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de Informática e Internet.** São Paulo: Nobel, 1999, 543 p.

SELL, Susan K. **Private power, public law.** New York: Cambridge University Press, 2003.

SEN, Amartya. **The Political Economy of Targeting.** in VAN DE WALLE, Dominique & NEAD, Kimberly eds. **Public Spending and the Poor: Theory and Evidence.** Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

SENFTLEBEN, Martin. **Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law.** Information Law Series, Kluwer Law International, 2004.

_____. **Towards a Horizontal Standart for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law.** HC International Review of Intellectual Property and Competition Law. v. 37, n.º 4 p. 407-438, 2006.

SHANNON, Claude E. **A Mathematical Theory of Communication.** The Bell System Technical Journal. vol. 27, p. 379–423, 623–656, Julho, Outubro, 1948.

SHANNON, Claude E.; WEAVER, Warren. **The mathematical theory of communication.** Urbana: The University of Illinois, 1949.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A economia da informação: como os princípios econômicos se aplicam a era da Internet.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico.** 10.ª ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Hugo Lança. **Os Internet Service Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?** 2005, Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/isp.pdf>>, acesso aos 13.04.2013.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 1.^a ed., ano 2004, 3.^a reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35^a ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2.a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

SIMÕES, Paula. **As minhas aventuras no reino do IGAC**. Disponível em <<http://paulasimoesblog.wordpress.com/2008/09/25/as-minhas-aventuras-no-reino-da-igac/>>, acesso aos 23.10.2009.

SIMÓN, L. Fernando Ramos. **DRM: Protección versus accesibilidad de la información digital**. Hipertext.net, n.º 2, 2004. Disponível em <<http://www.hipertext.net/http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-2/drm.html>>, consulta aos 29.09.2013.

SIMS, Alexandra. **Strange Bedfellows: Fair Dealing and Freedom of Expression in New Zealand**. in European Intellectual Property Review, Sweet & Maxwell, vol. 33, n.º 8, 2001, p. 490-498.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. trad. Álvaro Augusto Fernandes, rev. cient. Cristina Beckert e Desidério Murcho, rev. txt. Manuel Joaquim Vieira, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Sociedade Portuguesa de Filosofia. Lisboa: Gradiva, 1993.

SIWEK, Stephen E. **Economists Incorporated. Copyright industries in the US economy**. Disponível em <http://www.iipa.com/pdf/2004_SIWEK_FULL.pdf> . Acesso em 18/05/2008.

SKOKO, Hazbo. **Theory and Practice of Parallel Imports: the New Zealand case**. Disponível em <<http://athene.riv.csu.edu.au/~hskoko/parallel%20imports/pimppaper.pdf>>, consulta aos 06.10.2013.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.
_____. **The Theory of Moral Sentiments**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

SOUTO, Patícia Cristina Nascimento; OPPENHEIM, Charles. **Direitos autorais e o movimento do acesso aberto: um equilíbrio que demanda novas atitudes**. In: FERREIRA, Sueli Mara Soares Pinto; TARGINO, Maria das Graças (Org.). **Mais sobre revistas científicas: em foco a gestão**. São Paulo: SENAC São Paulo, 2008.

SOUZA, Alan Rocha. **Direitos Autorais: A História da Proteção Jurídica**. in Revista da Faculdade de Direito de Campos, p. 7-61, ano VI, n.º 7, Dezembro de 2005.

_____. **A função social dos direitos autorais.** Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SPADA, Paulo. **Copia Privada ed Opere Sotto Chiave.** Rivista di Diritto Industriale, 6, Ano L.1-2002.

SPRIGMAN, Christopher. **Reform(aliz)ing Copyright.** Stanford Law School, Research Paper n.º 88, Agosto 2004, Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=578502>>, consultado a 21.07.2008.

STABELL, Charles B.; FJELDSTAD, Øystein D. **Configuring value for competitive advantage: on chains, shops, and networks.** Strategic Management Journal, v. 19, p. 413-437, 1998.

STALLINGS, William. **Arquitetura e Organização de Computadores.** 8ª ed., trd. Carlos Camarão de Figueiredo e Lucília Camarão de Figueiredo. São Paulo: Prentice Hall, 2010.

STAMATOPOULOU, Elsa. **Cultural Rights in International Law: Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond.** Leiden. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERLING, John Adrian Lawrence. **World copyright law: protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts, and published editions in national, international, and regional law.** 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

STEVENSON, Frank A. **Cryptanalysis of Content Scrambling System.** 08.11.1999, at 13.11.1999. Disponível em <<http://www.cs.cmu.edu/~dst/DeCSS/FrankStevenson/analysis.html>>, acesso em 29.09.2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 9.ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

STOLFI, Nicola. **La proprietà intellettuale.** 2ª ed., Torino: Unione Tipografica, 1915.
_____. **Il diritto di autore.** 3ª ed. rev., 1 vol: XXX, Milão: Società Editrice Libreria, 1932.

STRECK, Lenio Luiz. **Quinze Anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais.** In SCAFF, Fernando Facury (Org.). Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STUMM, Raquel Denizee. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.** Livraria do Advogado, 1995.

SUGDEN, Paul. **You Can click but You Can't Hide: Copyright Pirates and Crime - The "Drink or Die" Prosecutions.** in European Intellectual Property Review, v. 30. n.º 6, p. 222 - 231, 2008.

SUNDSTED, Todd. **The practice of peer-to-peer computing: Introduction and history. A new-fangled name, but an old and useful approach to computing.** IBM, Mar./2001, disponível em http://cs2.swfc.edu.cn/~dyy/001_%E6%AF%95%E4%B8%9A%E8%AE%BE%E8%AE%A1%E8%B5%84%E6%96%99/P2P/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing/The%20practice%20of%20peer-to-peer%20computing_%20Introduction%20and%20history.pdf, acesso aos 17.01.2013.

SWEDIN, Eric G., FERRO, David L. **Computers: The Life Story of a Technology.** Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

TÁVORA, Fernando Pitanga. **A entropia e a busca da posição-deus: onze pedras de filosofia para a qualidade comportamental.** São Paulo: Instituto Brasileiro do Livro Científico, 1992.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil, Esboço.** Brasília, Ministério da Justiça – Departamento de Imprensa Nacional (coedição com a Universidade de Brasília), 1983.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXV.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THOMKE, Stefan; HIPPEL, Eric von. **Customers as innovators: a new way to create value.** Harvard Business Review, p. 74-81, Apr. 2002.

THROSBY, David. **Economics and Culture.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução.** trad. José Lino Grünnewald. in os Pensadores, p. 4-28, São Paulo: Abril Cultura, 1980.

TILLY, Charles. **O acesso desigual ao conhecimento científico.** trad. Alexandre Massella. in Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 2, pp. 47-63.

TIMM, Luciano Benetti e CAOVIALLA, Renato. **As Teorias Rivals sobre a Propriedade Intelectual no Brasil.** in Economics Analysis of Law Review, v. 1, n.º 1, p. 49-77, Universidade Católica de Brasília – UCB, Jan-Jun, 2010.

TOOREMANS, Paul L.C. **Copyright as a Human Right.** pp. 17-19 in TORREMANS, Paul L. C. ed. Copyright and Human Rights Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law International, 2004.

TORRES, Aracele Lima. **Copy me e Remix me: o movimento de contestação do copyright no ciberespaço.** In: X Semana de História da UFPI, 2009, Teresina. Caderno de Resumos da X Semana de História da UFPI. Teresina: EDUFPI, 2009.

TORRES, Mónica. **La copia para uso personal de textos antes y después de la digitalización.** Boletim Informativo n.º 26, 2001, Centro Espanhol de Direitos Reprográficos.

TOURINHO, Célio. **A Potência da CULTURA – ensaio com sugestões para programas de governo.** Revista Forum, 04.09.2012. Disponível em <<http://revistaforum.com.br/brasilvivo/2012/09/04/a-potencia-da-cultura-ensaio-com-sugestoes-para-programas-de-governo/>>, acesso aos 15.09.2012.

TRABUCO, Cláudia. **Responsabilidade e Desresponsabilização dos Prestadores de Serviços, O Comércio Electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio.** Lisboa: ANACOM Autoridade Nacional de Comunicações, 2004.

_____. **O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital.** Coimbra: Coimbra Ed., 2006. TRABUCO, Claudia. **Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais.** In Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, p. 29-55, Ano 9, n.º 18, segundo semestre de 2007.

_____. **Conteúdos ilícitos e responsabilidades dos prestadores de serviços nas redes digitais.** APDI, Direito da Sociedade da Informação, p. 473-498, v. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional Law**, New York: Foundation Press, 1988.

_____. **The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier.** Disponível em <http://epic.org/free_speech/tribe.html>, acesso em 21.10.2012.

VANDRABANT, Bernard; STROWEL, Alain. **Belgium. Balancing Copyright: A Survey of National Approaches.** MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law. v.18, Springer, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **A Natureza das coisas.** in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coord. Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 707-764.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2007.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.** Lisboa: Editorial Presença, 1987.

VAZ, Sónia Queiroz. **A nova legislação francesa sobre obrigações dos ISP's quanto à retenção dos dados dos infractores e o respeito dos direitos de propriedade intelectual.** In Lusíada. Direito. Série II, n. 7. Lisboa: Editora Universidade Lusíada, 2010, pp. 237 e ss.

VENKATRAMAN, N. Venkat. **Enable business transformation: from automation to business scope redefinition.** Sloan Management Review, p. 73-87, Winter 1994.

VERBIEST, Thibault e BELLEFROID, Marie de. **Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet : retour sur l'affaire SABAM C/ Tiscali.** in Légipresse, n.º 246. Novembro/2007.

VICENTE, Dário Moura. **Lei Aplicável à Responsabilidade pela Utilização Ilícita de Obras Disponíveis em Redes Digitais.** in AA.VV. Direito da Sociedade da Informação, v. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. **Cópia Privada e Sociedade da Informação.** Conferências proferidas na Faculdade de Direito de Lisboa, em 11 de Novembro de 2004, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19 de Julho de 2005, no IV Curso de Verão Sobre Direito da

Sociedade da Informação. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Cprivada.pdf>, acesso em 09.10.2008.

_____. **Cópia privada e Sociedade da Informação.** Associação Portuguesa de Direito Intelectual, ano 2005, p.4. Disponível em: <<http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/c%C3%B3pia%20privada%20e%20sociedade%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>, acesso aos 28.12.2013.

_____. **Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Proteção.** Separata de Direito Comparado Perspectivas Luso-Americanas. v. I, Coimbra; Almedina: 2006.

_____. **Cópia privada e compensação equitativa: reflexões sobre o acórdão Padawan do Tribunal de Justiça da União Europeia.** in Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, vol. X, Coimbra Editora, 2012, p. 28. Disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/COPIA_PRIVADA_E_COMPENSACAO_EQUITATIVA.pdf>.

VIDE, Carlos Roger. **Estudios Completos de Propriedad Intelectual.** Madrid. AISGE, 2003.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VIEIRA, José Alberto. **A estrutura do Direito de Autor no ordenamento jurídico português.** Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, 1990.

_____. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado.** in Direito da Sociedade da Informação, p. 421 – 467. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** Rio de Janeiro: Record, 1998.

VILLALBA, Carlos. **Planteamiento - Fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor- Justificación de la remuneración por copia privada (en general).** In: Memoriais do I Congresso Interamericano de Propriedade Intelectual. Direito de autor e direitos conexos no início do ano 2000. Ministério da Cultura-OMPI-IIDA, Madrid, 1991.

VITALIS, Aline. **A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação.** in MINISTÉRIO DA CULTURA, Brasil. Coleção cadernos de políticas culturais, v. 1, p. 173-236, 2006, p. 206. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/direitos-autorais.pdf>>. Acesso aos 17.05.2010.

WACHOWICZ, Marcos e PESSERL, Alexandre. **Responsabilidade Cvil do Provedor de Serviços P2P no ordenamento brasileiro.** Anais. p. 6912-6924. CONPEDI, p. 6920. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/anais/36/10_1671.pdf>, acesso aos 17.01.2014.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade intelectual do software & Revolução da tecnologia da informação.** Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **A Revolução Tecnológica da Informação. Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais.** In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ (Org.). Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 39-83.

WAKSMAN, Adam e SETHUMADHAVAN, Simha. **Tamper Evident Microprocessors**. Columbia University, Department of Computer Science, Disponível em <http://www.cs.columbia.edu/~simha/cal/pubs/pdfs/TEMP_Oakland10.pdf>, acesso em 29.09.2013.

WESTPHAL, Christopher & BLAXTON, Teresa. **Data mining solutions: methods and tools for solving real world problems**. New York: John Wiley, 1998.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WIENER, Norbert. **Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine**. New York: Hermann & Cie Editeurs, Paris, The Technology Press, Cambridge, Mass., John Wiley & Sons Inc, 1948.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989.

WOLTON, Dominique. **Il Faut Sauver la Communication**. Paris: Flammarion, 2005.

WU, Tim. **Network Neutrality, Broadband Discrimination**. in Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141-179, Columbia University, Law School, 2003.

ZWASS, Vladimir. **Management information systems**. Dubuque: Wm. C. Brown, 1992.

- LEGISLAÇÃO CITADA -

ALEMANHA. **Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act)** Copyright Act of 9 September 1965 (Federal Law Gazette Part I, p. 1273), as last amended by Article 1 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I p 3728). Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.gesetze-im-internet.de%2Furhg%2Findex.html>>.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>.

AUSTRÁLIA. **Copyright Act 1968. Act n.º 63/1968, emendado pelo Act n.º. 169/2012. Compilação em 20.12.2012.** Disponível em <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00007/Html/Text#_Toc344990229>.
 _____. **Lei de 1968 sobre Direitos de Autor (versão consolidada em 20.12.2012).** Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=11677>>.

BERNE CONVENTION. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12214>>.

BRASIL. **Decreto n.º 75.699, de 6 de Maio de 1975**. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>.

_____. **Código Penal. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. **Lei n.º 5.988, de 14 de Dezembro de 1973**. Revogada pela Lei nº 9.610, de 98, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15988.htm>.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

_____. **Código Civil brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

_____. **Lei n.º 10.994, de 14 de Dezembro de 2004**. Dispõe sobre o depósito legal de publicações, na Biblioteca Nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110994.htm>.

_____. **Decreto n.º 6.177, de 1º de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm>.

_____. **Projeto de Lei n.º 2126/2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>, acesso aos 22.02.2014.

_____. **Projeto de Lei n.º 3133/2012. Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências".** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039>>.

_____. **Projeto de Lei 4072/2012.** Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências" (Lei de Direito Autoral - LDA), para dispor sobre o direito autoral de obra audiovisual, a gestão coletiva de direito audiovisual, e a responsabilidade social e a transparência do escritório de arrecadação e distribuição audiovisual, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548155>>.

_____. **Lei n.º 12.853, de 14 de agosto de 2013.** Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>.

_____. **Projeto de lei que altera e acresce dispositivos à Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm>, acesso aos 19.01.2014.

ESPANHA. **Consituição Espanhola.** Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.). Disponível em <http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>..

_____. **Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judiciário.** Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjgenerica.html&Tabl eName=PJINFODOCS&DocName=dfAudienciaNacional&ContentName=dfAudienciaNacio nal.html&nivel1=&nivel2=&nivel3=&nivel4=>>>, acesso em 15.06.2012.

_____. **Real Decreto Legislativo 1/1996**, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Ministerio de Cultura. BOE n.º 97, de 22 de abril de 1996 (BOE-A-1996-8930). Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>>.

_____. **Ordem Ministerial PRE/1743/2008**, de 18 de junho, pela qual se estabelece a relação dos equipamentos, aparelhos e suportes materiais sujeitos ao pagamento da compensação equitativa pela cópia privada, as quantidades aplicáveis a cada um deles e a distribuição entre as diferentes modalidades de reprodução. Publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, em 19.06.2008, n.º 148, p. 27842. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2008/06/19/pdfs/A27842-27844.pdf>>, acesso em 15.06.2012.

_____. **Lei n.º 2/2011, de 4 de março. Lei de Economia Sustentável.** Boletim Oficial do Estado. n.º 55, Sábado 5 de março de 2011, sec. I, p. 25033. Disponível em <<http://boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>>.

_____. **Real Decreto 1889/2011, de 30 de dezembro, pelo qual se regula o funcionamento da Comissão da Propriedade Intelectual.** Publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, n.º 315 de Sábado, 31 de dezembro de 2011, sec. I, p. 147011. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>>.

_____. **Real Decreto-lei 20/2011, de 30 de dezembro, de medidas urgentes en materia orçamentária, tributária e financeira para a correção do déficit público**, publicado no BOE – Boletim Oficial do Estado, n.º 315, Sábado 31.12.2011, sec. I, p. 146574. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20638.pdf>>.

_____. **Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo n.º 1/1996, de 12 de abril de 1996 y modificado por el Real Decreto N.º 20/2011, de 30 de diciembre de 2011)**. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=244508>.

_____. **Real Decreto 1657/2012**, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. BOE n.º 295, de 8 de diciembre de 2012 (BOE-A-2012-14904). Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-14904-consolidado.pdf>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States of America**. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>.

_____. **Free Trade Agreement Chile**. Em vigor aos 01.2004. Disponível em <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text>>.

_____. **Free Trade Agreement Jordan**. Em vigor aos 01.01.2010. Disponível em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/jordan/asset_upload_file120_8462.pdf>.

_____. **Free Trade Agreement Marrocos**. Em vigor aos 01.01.2006. Disponível em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/morocco/asset_upload_file797_3849.pdf>.

_____. **Free Trade Agreements**. Disponível em <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>.

_____. **Pipa - Protect Intellectual Property Act** (Lei de Proteção à Propriedade Intelectual), Disponível em <<http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>>.

_____. **Projeto de Lei SOPA**. Disponível em <<http://www.govtrack.us/congress/bills/112/hr3261/text>>.

_____. **Sopa - Stop Online Piracy Act** (Lei para impedir a pirataria online), Disponível em <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.3261>>.

_____. **The Copyright Act of 1976**. Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Disponível em <http://www.copyright.gov/images/img_icon_pdf_small.gif>.

_____. **The Digital Millenium Copyright Act**. 28.10.98 Disponível em <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

_____. **Trade Act de 1974. Alterada pela PL 112–208, promulgada em 14.12.2004**. Disponível em <<http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>>.

EUROPA. Comissão Européia. **Agreement Establishing an association between Central America, on the one hand, and the European Union and its Member States**. Disponível em <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=689>>.

EUROPA. Conselho da Europa. Comité de Ministros. **Declaração sobre a liberdade de comunicação na internet**. Disponível em

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Dec%282003%29FreedomCommInt_en.asp#TopOfPage>.

EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14.05.1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>>.

_____. **Diretiva 92/100/CEE.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0100:PT:HTML>>.

_____. **Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:077:0020:0028:PT:PDF>>.

EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu.

_____. **Diretiva 98/84/CE relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihmlang=pt&lng1=pt,pt&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=641535:cs#top>>.

_____. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio, eletrônico, no mercado interno. Directiva sobre comércio eletrônico.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>.

_____. **Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>.

EUROPA. **Convenção Européia de Direitos do Homem.** Roma, 4.11.1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

FINLÂNDIA. **Copyright Act (Ato n.º. 404. 08.07.1961, emendado em 30.04.2010).** Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=208099>.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 1789. Disponível no original em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>> . Na tradução em português, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

_____. **Código de Processo Penal.** Versão em vigor aos 01.02.2014. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5233889FC5B47D705B3264FB77EDB5D4.tpdjo05v_1?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20140201>.

_____. **Projet de Loi: Favorisant la Diffusion et la Protection de la Création sur Internet.** 20.06.2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf>>, acesso em 23.04.2010.

_____. **Lei n.º 2009-669, de 12.06.2009, que favorece a divulgação e a proteção da criação na Internet.** Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=87756487D348F668BF43CA2ACAEAD9CF.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000020735432&dateTexte=20130425>.

_____. **Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-**

634 du 3 mai 2012). Disponível em
<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=273944>.

ITÁLIA. Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (aggiornata con le modifiche introdotte dal decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64). Disponível em
<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=301483>.

NOVA ZELÂNDIA. Copyright (Parallel Importation of Films and Onus of Proof) Amendment Act 2003. 30.10.2003. Disponível em
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0111/latest/DLM220350.html?search=ts_all%40act_Copyright_noresel&p=1&sr=1>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Universal Declaration of Human Rights. Proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 General Assembly resolution 217 A (III). Disponível em
<<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>.

_____. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em
<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. WIPO Performances and Phonograms Treaty – WPPT. Disponível em
<http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295578>.

_____. **Guia del Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971).** Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 1978

_____. **Wipo Copyright Treaty - WCT.** Disponível em
<http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio. Anexo 1C do Acordo de Marraquexe que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio. 15.04.1994. Disponível em
<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.3-anexo-1c-acordo-sobre-aspectos-dos-direitos-de-propriedade-intelectual-relacionados-ao-comercio-trips/at_download/file>.

PORTUGAL. Código de Direito de Autor e Conexos de Portugal. Decreto-Lei n.º 63/85, 14.03.85. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-leis-civis/direito-de-autor-e/>>.

_____. **Decreto-Lei n.º 74/82 da 3 da Março.** Depósito legal de publicação. Disponível em <<http://www.dre.pt/pdf1s/1982/03/05100/04760478.pdf>>.

_____. **Decreto Lei 332/97, de 27 de Novembro.** Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 92/100/CEE, do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao

direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=502&tabela=leis>.

_____. **Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro.** Regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181653>.

_____. **Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.** Diário da República, I Série-A, n.º 5, 07 de Janeiro de 2004. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2004/01/005A00/00700078.pdf>>.

_____. **Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto.** Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/2004/08/199A00/56585665.pdf>>.

_____. **Constituição da República Portuguesa.** VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

UNESCO. **Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.** Paris, 20.10.2005. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>>.

VENEZUELA. **Ley sobre el Derecho de Autor.** Caracas, 1.º de outubro de 1993. Gazeta Oficial de la República de Venezuela, n.º 4.638 Extraordinário. Disponível <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdocs.venezuela.justia.com%2Ffederales%2Fleyes%2Fley-sobre-derecho-de-autor.pdf&ei=h3jYUov2OK3lsASCloGgBg&usg=AFQjCNGdqqEZttLNDmuLQD1rbTRc35JB5A&bvm=bv.59568121,d.cWc>>.

- JURISPRUDÊNCIA CITADA -

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. **Collecting society (Verwertungsgesellschaft) against the order of the Federal Court of Justice**. 1 BvR 1631/08. of 3 April 2008 - I ZR 94/05 -, the judgment of the Federal Court of Justice of 6 December 2007 - I ZR 94/05. Disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rk20100830_1bvr163108en.html>, consulta aos 15.06.2012.

ALEMANHA Tribunal Regional Superior de Hamburgo. **Responsabilidade do Rapidshare IV**. Julgamento de 02.07.2008 - Az: 5 U 73/07. Disponível em <<http://translate.google.com/translate?u=http%3A%2F%2Fwebhosting-und-recht.de%2Furteile%2FOberlandesgericht-Hamburg-20080702.html&hl=pt-PT&ie=UTF8&sl=de&tl=en>>, e no original em alemão vd. <<http://webhosting-und-recht.de/urteile/Oberlandesgericht-Hamburg-20080702.html>>, acesso em 07.10.2012.

AUSTRÁLIA. Corte Federal da Austrália. **Universal Music Australia Pty Ltd & ORS v Sharman License Holdings Ltd. & ORS**. NSD 110 OF 2004 - [2005] FCA 1242. Sidney, julgamento em 05.09.2003. Disponível em <<http://www.stepto.com/assets/attachments/2051.pdf>>.

BÉLGICA. Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas. **SABAM v. TISCALI**. Caso n.º 2004/46/A. Julgamento de 25.05.2004. Disponível em <http://portal.unesco.org/culture/en/files/22029/11515769531ju_b_en.pdf/ju_b_en.pdf>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 2012/0122546-0 (REsp 1328706 / MG)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento aos 15.10.2013, publicação no Diário de Justiça Eletrônico em 13.12.2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+provedor+de+servi%EFos&#b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>.

_____. Rel. Ministro Dias Trindade. **REsp. 26543-9/PR, 23/11/1992**. Diário da Justiça de 23/11/1992, p. 21886, LEXSTJ, vol. 43, p. 250. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200213090&dt_publicacao=23/11/1992>.

_____. Rel. Min. Eduardo Ribeiro e Rel. Acórdão Min. Waldemar Zvetier. **Embargos de Divergencia em Recurso Especial n.º 1997/0074492-2 (REsp n.º 97.081/RJ)**. Julgamento 09.08.1999. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57724&nreg=199700744922&dt=20010430&formato=PDF>>.

_____. Juízo Monocrático. Rel. Min. Maria Isabel Gallott. **Recurso Especial n.º 2010/0130292-8 (REsp n.º 1201339 – DF)**. Julgamento 12.04.2013. Diário da Justiça Eletrônico, 22.04.2013. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=28145243&formato=PDF>>.

_____. 3.^a Turma Julgadora. **Recurso Especial n.º 1997/0045982-9 (REsp. n.º 138690/SP)**. Rel. Min. Nelson Naves. Julgamento de 06.12.1999. Publicação Diário da Justiça de 04.09.2000, p. 147. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700459829&dt_publicacao=04/09/2000>.

_____. 3.^a Turma. **Agravo de Instrumento 2008/0261822-9 (Ag 1.127.096 – MG)**. Julgamento 03.08.2010. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Diário da Justiça Eletrônico 18.08.2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=c%F3pia+privada%24&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>.

_____. 3.^a Turma **Recurso Especial n.º 1254141 (2011/0078939-4 – 20/02/2013)**. Julgamento em 04.12.2012. Publicação no Diário Eletrônico de Justiça em 20.03.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013>.

_____. 3.^a Turma. **Recurso Especial n.º 2011/0307909-6 (REsp 1316921 / RJ)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 26.06.2012, publicado no Diário de Justiça Eletrônico aos 29.06.2012, RDTJRJ vol. 91 p. 74 e RSTJ vol. 227 p. 553. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+provedor+de+servi%E7os&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>.

_____. 3.^a Turma Julgadora. Rel. Min. Sidnei Beneti. **Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial 1261136/RS**. Julgamento em 19.06.2012. Diário da Justiça Eletrônico de 27.06.2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1156594&sReg=201101384445&sData=20120627&formato=HTML>.

_____. 4.^a Turma Julgadora. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. **Recurso Especial 20080135811-0 (REsp 1067706/RS)**. Julgamento de 08.05.2012. Diário da Justiça Eletrônico de 19.06.2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1144990&sReg=200801358110&sData=20120619&formato=HTML>.

_____. 4.^a Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. **Recurso Especial 2011/0268172-4 (REsp 1.306.907-SP)**. Julgamento 06.06.2013. Diário da Justiça Eletrônica 18.06.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1241182&sReg=201102681724&sData=20130618&formato=HTML>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Des. Domingos Coelho. 12.^a Câmara Cível. **Apelação Cível 1.0024.07.481171-2/001**. Diário Oficial do Estado, 13.10.2009. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.481171-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Rel. Des. Luiz Osório Moraes Panza. 6.^a Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 948565**. Decisão unânime de 20.11.2012. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11379893/Acórdão-948565-8#integra_11379893>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 13.^a Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 2007. 001. 52346**. Relator Desembargador Artur Eduardo Ferreira. Julgado em 16/01/2008. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-40811677>>. Acesso em: 10/11/2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 3.^a Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato. **Apelação Civil n.º 2007.036067-7**, 4/11/2008. Disponível em <

<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000A7520000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1201240&pdf=tru>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 6.^a Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vitor Guglielmi. **Apelação Civil n.º 0103897-94.2007.8.26.0100**, 15.03.2002, Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5780301&v1Captcha=rYAbY>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mendes Pereira. **Apelação Civil n.º 0182211-15.2011.8.26.0100**. Diário Oficial do Estado, 09.11.2012. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6881677>>.

_____. 4.^a Câmara de Direito Privado. **Apelação Civil n.º 556.090.4/4-00**. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgamento em 12.06.2008. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordao_cicarelli.pdf>.

_____. 4.^a Câmara de Direito Privado. **Apelação Civil n.º 994070387116**. Rel. Des. Teixeira Leite. Diário Oficial do Estado, 05.06.2009. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3292364>>.

CANADÁ. **Copyright Infringement by Photocopy Services CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada** (2204 SCC 13) with remarks by Lukas. in Computer Law Review International, n.º 3, p. 82- 86. 15.06.2004.

_____. **Copyright Infringement by File-Swapping. BMGM Canada Inc v. John Doe** (2004 FC 488) with remarks by Nitoslawsk. in Computer Law Review International, n.º 3, p. 87- 90. 15.06.2004

ESPANHA. Audiência Nacional. 3.^a Seção. **Recurso n.º 704/2008**. de Internautas em face da norma PRE/1743/2008, de 18.06.2008. Disponível em <[http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/22.03.11%20ANContencioso%20\(704-08\)_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/22.03.11%20ANContencioso%20(704-08)_1.0.0.pdf)>, acesso em 15.06.2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.** 464 U.S. 417, 451 (1984). Disponível em <<http://laws.findlaw.com/us/464/417.html>>.

_____. Corte de Apelação. 9.º Circuito. **Defendant-Appelle n.º 98-56727, 15.06.1999. RIAA (Recording Industry Association of America) v. Diamond Multimedia Systems INC.**, in 180 Federal Reporter, 3d Series, p. 1072-1081.

_____. Suprema Corte. **Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al.** 464 U.S. 417 (1984). 17.01.1984. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm>.

_____. Tribunal Distrital de Washington (Distrito Oeste). 2000 U.S. Dist. **Realnetworks, Inc. v. Streambox, Inc.** Julgamento em 18.10.2000. Disponível em <<http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/real.html>>, acesso aos 23.03.2013.

_____. Tribunal Distrital. Nova York. 111 F.Supp.2^d 294 (2000). **Universal City Studios, inc., et al., Plaintiffs, v. Shawn C. Reimerdes, et al., Defendants.** n.º 00 Civ. 0277 (LAK). Julgamento em 17.08.2000, Emendado, 06.09.2000. Disponível em <http://scholar.google.com/scholar_case?case=4887310188384829978&q=111+F.+Supp.2d+294&hl=en&as_sdt=2002>, acesso aos 23.03.2013.

_____. Corte de Apelação. 9.º Circuito. **A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.**, 239 F.3d 1004 (2001). 12.02.2001. Disponível em <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2012/12/17/12-17681_appellee_opposition.pdf>.

_____. Corte Distrital Norte-americana. Distrito Norte de Illinois. Divisão Oriental. **In re: Aimster Copyright Litigation**. Caso n.º 01 c 8933. Multi District Litigation #1425. Julgamento em 17.11.2001. Disponível em <https://www.eff.org/files/filenode/Aimster/district_decision.pdf>.

_____. Tribunal de Apelações. 2.º Circuito. 273 F.3d 429 (2001). **Universal City Studios, inc., Paramount Pictures Corporation, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., Tristar Pictures, Inc., Columbia Pictures Industries, Inc., Time Warner Entertainment Company, L.P., Disney Enterprises Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Plaintiffs-Appellees, v. Eric CORLEY, also known as Emmanuel Goldstein, and 2600 Enterprises Inc., Defendants-Appellants, United States of America, Intervenor**. Docket No. 00-9185. Julgamento em 28.11.2001. Disponível em <http://scholar.google.com/scholar_case?case=5930508913825375010&q=273+F.3d+429&hl=en&as_sdt=2002>, acesso aos 23.03.2013.

_____. Tribunal Distrital da Califórnia (Norte). 203 F.Supp.2^d 1111. **United States v. Elcom Ltd.** Julgamento 08.05.2002. Disponível em <<http://digital-law-online.info/cases/62PQ2D1736.htm>>, acesso aos 25.03.2013.

_____. Supreme Court of the United States. **Case Eldred et. al. v. Ashcroft, Attorney General**. (01-618) 537 U.S. 186 (2003) 239 F.3d 372, affirmed. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Argued October 9, 2002–Decided January 15, 2003. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-618.ZS.html>>.

_____. Corte Distrital. Distrito Central da Califórnia. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.** Processo CV 01 – 08541 – SVW (PJWx) Julgamento em 18.06.2003. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/54b_1292b_order.pdf>.

_____. Corte de Apelação. 7.º Circuito. **In re: Aimster Copyright Litigation**. 334 F.3d 643. Apelação n.º 02-4125. Julgamento em 30.06.2003. Disponível em <[http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster\(9c6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster(9c6-30-03).htm)>.

_____. Corte de Apelação. 9.º Circuito. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.** Caso n.º. 03-55894, Julgamento em 19.08.2004. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20040819_mgm_v_grokster_decision.pdf>.

_____. Suprema Corte. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.** Caso n.º 04-480, 545 U.S. 913 (2005), 380 F.3d 1154. Arguição em 29.03.2005. Julgamento aos 27.06.2005. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/04-480.pdf>.

_____. **Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. GROKSTER, Ltd.** (04-480) 545 U.S. 913 (2005) 380 F.3d 1154, Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZS.html>>.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Européia. **Processo C-467/08. Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 21 de Outubro de 2010. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08>>.

_____. Tribunal de Justiça Européia. Grande Secção. **Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAL**. Caso de n.º C-275/06, de 29 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=70281>>.

_____. Tribunal de Justiça da União Européia. **Processo C-462/09. Stichting de Thuiskopie. v. Opus Supplies Deutschland GmbH and Others**. Acórdão do Tribunal de

Justiça (Terceira Secção) de 16 de Junho de 2011. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-462/09>>.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Terceira Secção. **Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)**. Processo C-70/10, julgamento de 24 de Novembro de 2011. Disponível <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6ce580d3477b547fabd489cb86028f74a.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaxuTe0?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=53578>>.

_____. Tribunal de Justiça Europeia. Terceira Secção. **Bonnier Audio AB, et al v. Perfect Communication Sweden AB**, Caso n.º C-461/10, de 19.04.2012. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72917>>.

_____. Tribunal de Justiça Europeia. Terceira Secção. **Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) et al.** Caso n.º C70/10, de 24.11.2011. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=70281>>.

_____. Tribunal de Justiça Europeia. Grande Secção. **Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV**. Caso n.º C- 360/10, de 16.02.2012. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72668>>.

_____. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Neij and Sunde Kolisoppi v. Sweden - Pirate Bay and copyright on Internet**. Decisão na Ação n.º 40397/12, ECHR 076 (2013), publicada em 13.03.2013 Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4288974-5121717>>.

FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Paris. Liminar de 20.11.2000. **Association "Union des Etudiants Juifs de France", la "Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme", le "MRAP" (intervenant volontaire) / Yahoo ! Inc. et Yahoo France**. Disponível em <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=217>, acesso aos 23.03.2013.

_____. Tribunal de Grande Instância de Rodez. **Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.** Caso 03001251, 13.11.2004. Disponível em <<http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=591>>.

_____. Tribunal de Grande Instância de Pontoise. 6.ª Câmara. **SACEM et. al v. Alexi B.** Julgamento em 02.02.2005. Disponível em <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1403>.

_____. Corte de Apelação de Montpellier. **Twentieth Century Fox et al. v. Aurélien D.T.** 10.03.2005, 222 Legipress 120, 2005, Disponível em <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=650>>.

_____. **Decisão n.º 11 de 17.12.2008 da Comissão da Cópia Privada a respeito do art. L. 311-5 do Código Francês de Propriedade Intelectual**. JORF n.º 0297, 21.12.2008, p. 19670, texto n.º 24, n.º MCCB0830460S, Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019962964>>, acesso em 21.01.2014.

_____. Conselho Constitucional Francês. **Decisão n.º 2009-580 DC, 10.06.2009**. Jornal Oficial de 13.06.2009, p. 9675, Coleção, p. 107, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC

Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>.

HIGH COURT OF JUSTICE. **Ashdown v Telegraph Group Ltd.** in Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases (2002) 119 (6): 235-256. doi: 10.1093/rpc/2002rpc5.

HOLANDA. Tribunal de Primeira Instância de Amsterdã. **Bruma/Stemra v. KaZaA**. KG 01/2264 OdC. Julgamento em 29.11.2001. Disponível em <http://w2.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20011112_kazaa_complaint.html>.

_____. Suprema Corte da Holanda. 1.^a Câmara. **Bruma/Stemra v. KaZaA**. AN7253. Case n.º: C02/186HR. Julgamento em 19.12.2003. Disponível em <<http://www.muddlawoffices.com/RIAA/cases/Netherlands.pdf>>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 616/2003**. 16 de Dezembro de 2003, publicado Diário da República — I Série-A, n.º 62 — 13 de Março de 2004, Disponível em <<http://dre.pt/pdfgratis/2004/03/062A00.pdf>>.

_____. Ministério Público. Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa. **Notificação de Arquivamento**. Inquérito n.º NUIPC 6135/11.7TDLSB, 23.07.2012. Diário Judicial de Lisboa. Disponível em <<http://static.publico.pt/docs/tecnologia/DespachoDIAP.pdf>>, consulta aos 11.02.2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. 1.^a Secção, Rel. Gabriel Catarino. **Processo n.º 855/07.8TVPRT.P1.S1**. Acórdão de 15.07.2012, Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d9a725015751bf4980257a3800313abd?OpenDocument>>, acesso aos 29.10.2012.

SUÉCIA. Corte Distrital de Stockholm. **IFPI, Antipiratbyrå and MAQS Law Firm Advokatbyrå KB v. Fredrik Neij, Gottfrid Svartholm, Peter Sunde and Carl Lundström**. VERDICT B 13301-06 (Stockholm District Court, Division 5, Unit 52, Apr. 17, 2009), Disponível em <<http://www.ifpi.org/content/library/Pirate-Bay-verdict-English-translation.pdf>>.

- DOCUMENTOS CITADOS -

AACS LA. **What is AACS?** Overview. Disponível em <<http://www.aacsla.com/specifications/>>, acesso aos 20.03.2013.

_____. **Who Are the Founders?** Disponível em <<http://www.aacsla.com/founders/>>, acesso aos 20.03.2013.

_____. **AACS Specifications.** Disponível em <<http://www.aacsla.com/specifications/>>, acesso aos 20.03.2013.

ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA. **Centenário da Convenção de Berna.** Lisboa: SPA, 1987.

ACCESS TO KNOWLEDGE - A2K. **Treaty on Access to Knowledge.** Disponível em <http://www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS. **Projeto Pasta do Professor.** Disponível em <<https://pastadoprofessor.com.br/portal/>>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRODUTORES DE DISCOS. **Mercado Brasileiro de Música. Relatórios Anuais. 2003 - 2013.** Disponíveis em <<http://www.abpd.org.br/downloads.asp>>, acesso em 21.01.2014.

BRASIL. Ministério da Cultura. **Relatório de Análise das Contribuições do Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais.** Secretaria de Políticas Culturais Diretoria de Direitos Intelectuais. Abril de 2011. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Relatorio_Final_para_divulgacao2.pdf>, consultado aos 01.01.2013.

_____. **Relatório ao substitutivo oferecido em plenário em substituição à comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Relator Deputado Alessandro Molon. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>, acesso aos 22.02.2014.

_____. **Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais, (após a consulta pública realizada de 14/06 a 31/08/2010 e após debate no Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual - GIPI).** Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. Disponível em <<http://gpcult.org/pdf/Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%BAblica%20sobre%20o%20Texto%20do%20APL%20do%20Ministro%20Juca%20Ferreira.pdf>>, acesso em 11.02.2013.

COMISSÃO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento.** Relatório da Comissão para Direitos de Propriedade Intelectual. Londres: Setembro, 2003, Disponível em <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf>, acesso aos 15.11.2012.

_____. **Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights.** Report of the Commission on Intellectual Property Rights. Londres: Setembro, 2002. Disponível em inglês <http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm>, acesso em 12/04/2008.

EUROPA. Comissão Europeia. **Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data**. Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2013/04. Org. Luis Aguiar

EUROPA. Conselho da Europa. Parlamento Europeu. **Decisão n.º 1350/2008/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao Ano Europeu da Criatividade**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0115:01:EN:HTML>>.

_____. **Decisão n.º 1983/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativa ao Ano Europeu do Diálogo Intercultural (2008)**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D1983:PT:NOT>>.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DA INDÚSTRIA FONOGRÁFICA. **Recording Industry in Numbers. The recorded music market in 2012**. The definitive source of recorded music market data, p. 46. Disponível em <<http://www.ifpi.org/content/library/RIN-samplepage-2013.pdf>>, acesso aos 21.01.2014.

_____. **IFPI Digital Music Report 2013. Engine of a digital world**. Disponível em <<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2013.pdf>>, acesso em 21.01.2014.

GABINETE DE REPRESENTAÇÃO NORTE AMERICANO DO COMÉRCIO. **2008 Special 301 Report**. Disponível em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file553_14869.pdf>

_____. **Identification of Ukraine as a Priority Foreign Country and Initiation of Investigation**. Disponível em <<http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0023-0001>>, acesso aos 03.10.2013.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Committee on Intellectual Property Rights in the Emerging Information Infrastructure. **The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age**. Washington, DC: The National Academies Press, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comitê Permanente para a Cooperação e Desenvolvimento relacionado com a Propriedade Intelectual. **The Digital Agenda: Implementation of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the Wipo Performances and Phonograms Treaty (WPPT)**. 3.ª Seção, Genebra, Outubro, 28.11.2002. Disponível em

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEUQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fmdocs%2Fen%2Fpcipd_3%2Fpcipd_3_9-main1.doc&ei=2EhIUoLQLI6a9QSNvoHoCQ&usg=AFQjCNGN7buxhqQJDdFQSkBv4qryDqrjg&bvm=bv.53217764,d.eWU>, consulta aos 20.05.2008.

_____. **Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rights in the Mercosur countries and Chile**. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf. Acesso em 01/05/2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act**. WT/DS160/R, (00-2284), 15.06.2000, p. 33. Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&cad=rj>>

a&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fenglish%2Ftratop_e%2Fdisp_u_e%2F1234da.pdf&ei=B7_aUrWLDcjvkQeXloGICA&usg=AFQjCNHsxKrvAg8hWF27qssZTRAdiWQq7w&bvm=bv.59568121,d.eW0>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **OECD Information Technology Outlook 2004. Peer to Peer networks in OECD countries.** 2004. Disponível em <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/32927686.pdf>>, acesso aos 02.02.2014.

_____. **Participative web: user-created content.** Document DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL - JT03225396 de 12.04.2007. Disponível em <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/38393115.pdf>>, acesso aos 02.02.2014.

P2P FOUNDATION. **Category: P2P Infrastructure.** Disponível em <http://p2pfoundation.net/Category:P2P_Infrastructure>, acesso em 20.02.2013.

PIMENTA, Marcelo, WAGNER, Flávio, CANABARRO, Diego R. **Tabela comparativa da redação das versões do Substitutivo do Dep. Alessandro Molon ao texto do Projeto de Lei 2.126/2011 (Marco Civil da Internet do Brasil).** CEGOV – Centro de Estudos Internacionais sobre o Governo, UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.ufrgs.br/cegov/files/gtgov_marcocivil.pdf>.

UNCTAD. **Creative economy report. The challenge of accessing the creative economy: towards informed policy-making.** Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em 20/05/2008.

UNESCO. **International flow of selected goods and services 1994-2003: defining and capturing the flows of global cultural trade.** Disponível em <http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf> . Acesso em 25/05/2008.

UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Declaration of Principles. Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium.** in Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, 10-12 de Dezembro 2003, Genebra, Agência Especial das Nações Unidas em Tecnologias de Informação e Comunicação. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, disponível em <<http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html>>.

- NOTÍCIAS CITADAS -

DOTCOM, Kim. Megaupload Song HD. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=o0Wvn-9BXVc>, acesso aos 07.1.2012.

EL PAIS. Actualidad. Cable sobre la ayuda de EE UU en materia de Copyright. 03.12.2010. Disponível em <http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367861_850215.html>, acesso aos 02.02.2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. Google anuncia compra do YouTube por US\$ 1,65 bilhão. Folha de São Paulo On Line, em matéria publicada aos 09.10.2006 às 17h31. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20725.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

_____. **YouTube fecha acordo com duas gravadoras e uma emissora de TV.** Folha de São Paulo On Line, em matéria publicada aos 09.10.2006 às 12h32. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20720.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

_____. **Alemanha condena serviço Rapidshare a pagar multa de R\$ 66 milhões.** Folha de São Paulo On Line, em matéria publicada aos 24.06.2009 às 16h32. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u585789.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

_____. **Tribunal neozelandês decreta prisão preventiva do fundador do Megaupload.** Folha de São Paulo On Line, matéria com fonte em EFE, 20.01.2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1037003-tribunal-neozelandes-decreta-prisao-preventiva-do-fundador-do-megaupload.shtml>>, acesso aos 07.10.2012.

G1. GLOBO.COM. Entenda o Sopa e o Pipa, projetos de lei que motivam protestos de sites. G1. Tecnologia e Games. 18.01.2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/01/entenda-o-projeto-de-lei-dos-eua-que-motiva-protestos-de-sites.html>>, consulta aos 11.02.2013.

JORNAL DA CÂMARA. Código de Mineração e marco civil da internet na pauta em fevereiro. Câmara dos Deputados. Ano 15, n.º 3132, Brasília/DF, sexta-feira, 20.12.2013.

LUGULLO, Marise. Votação do marco civil da internet fica para depois do Carnaval. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Comunicação. Ed. Regina Céli Assumpção, 20.02.2014, 15h49, Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/462526-VOTACAO-DO-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET-FICA-PARA-DEPOIS-DO-CARNAVAL.html>>, acesso aos 22.03.2014.

PAPP, Ana Carolina. Cispa é aprovada pela Câmara dos EUA. 18.04.2013. Disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/?s=sopa%20e%20pipa>>, acesso em 22.04.2013.

THE GUARDIAN. The price of information. 04.02.2012. Disponível em <<http://www.economist.com/node/21545974>>.

